

**CLAUS ROXIN**

**LA TEORÍA DEL DELITO**  
**EN LA DISCUSIÓN ACTUAL**

TRADUCCIÓN DE  
MANUEL ABANTO VÁSQUEZ

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y



CLAUS ROXIN

# La teoría del delito en la discusión actual

Traducción Manuel A. Abanto Vásquez

GRIJLEY

# ÍNDICE GENERAL

<i>Abreviaturas</i> .....	xix
<i>Presentación</i> .....	xxiii

## LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ANTE LAS TAREAS DEL FUTURO

I. Panorama.....	3
II. La dogmática penal y procesal penal como tarea incesante de nuestra ciencia.....	4
III. Antiguos y nuevos campos de trabajo.....	7
IV. Las bases supranacionales del Derecho penal.....	16
V. Asesoramiento a la jurisprudencia y a la legislación.....	22
VI. Política criminal científica.....	27
VII La labor en el Derecho penal supranacional.....	30
1. El desarrollo científico del Derecho internacional penal..	30
1. ¿Necesitamos un Código penal para Europa o para la Unión Europea?.....	32
2. ¿Necesitamos un Código penal tipo europeo?.....	33
3. Objetos para una regulación en toda Europa.....	35
a) <i>Los intereses económicos financieros de la Unión Europea</i> .....	35
b) <i>La lucha contra la criminalidad de efectos supranacionales</i> ....	36
VIII, conclusión.....	37

**POLÍTICA CRIMINAL Y  
DOGMÁTICA PENAL HOY EN DÍA**

viii

A. Introducción.....	41	42	42	47	50	50	53	56	58	60	62
B. la importancia de las teorías de la pena.....	63							65			
I. Mi posición propia.....											
II. El planteamiento de la teoría de sistemas.....							70				
C. Elementos limitadores de la pena según la política criminal.											
I. Mi posición propia.....	71										
II. La dogmática teórico-sistémica y limitación de pena.....											
D. La importancia de los objetos.....											113
I. La limitación de la atribución a través de los hechos.....											115
II. La naturaleza de las cosas como medio de concreción.....											116
III. La fuerza formadora de estructuras de los hechos.....											118
IV. La receptividad, de las categorías dogmáticas para el empirismo.....											120
E. Acerca del debate minimalista.....											123
											127
											127
											128
											129
											129
											130
											130
											132
											73
											74
											78

**CAMBIOS EN LA TEORÍA  
DE LOS FINES DE LA PENA**

82  
82  
83  
84

V. El autor como parte activa en la realización de los fines de la pena.....

85

VI. Resumen .....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
87

**EL INJUSTO PENAL EN EL CAMPO DE TENSIONES ENTRE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y LA LIBERTAD**

**INDIVIDUAL**

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

89

**OBSERVACIONES A LA PROHIBICIÓN DE REGRESO**

- I. Las teorías antiguas.....
- II. Teorías recientes.....
  - 1. El principio de la propia responsabilidad según Welp.....
  - 2. El principio de la capacidad de dirección en Otto.....
  - 3. El desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia en Wehrle.....
- III. La prohibición de regreso como problema de la teoría general de la imputación.....
- IV. Intentos de determinar el riesgo permitido en el primer actor no doloso.....
  - 1. La peligrosidad inmanente de una infracción del cuidado.
  - 2. Puntos de referencia concretos para la proximidad de un hecho doloso.....
  - 3. La promoción de una persona reconociblemente resuelta a cometer el hecho.....
  - 4. Acciones primarias, cuyo sentido objetivo solamente puede servir para la comisión de un delito.....
- V. La promoción de la inclinación hacia el hecho como criterio de imputación para el primer actuante.....
  - 1. La fundamentación del criterio.....
  - 2. Los efectos prácticos.....

3. Tomas de posición en la literatura.....	13	200	5.
4. ¿Exclusión de acciones de la vida cotidiana?.....	7		Er
5. ¿Amplia imputación de culpa en los garantes?.....	13		ror
	8		de
<b>ACERCA DE LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO</b>	14		tip
<b>EN LOS CURSOS CAUSALES PUESTOS</b>	0		o y
<b>EN MARCHA ANTICIPADAMENTE</b>			las
I. Jurisprudencia y doctrina dominante.....			du
II. ¿Puede ya un acto preparatorio sostenido por la resolución a cometer el acto preparatorio fundamentar un dolo consumado del hecho? .....			da
III. ¿Puede ya la tentativa inacabada sostener un hecho doloso consumado, o sino se necesita aún que haya una tentativa acabada?.....	147		s.....
IV. Soluciones diferenciadoras.....	151		III. El
V. Resumen.....			error de
	154		prohibi
<b>ACERCA DE LA NORMATIVIZACIÓN</b>	163		ción.....
<b>DEL DOLUS EVENTUALIS Y LA DOCTRINA</b>	165		1.
<b>DEL PELIGRO DE DOLO</b>			O
Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo.....			bj
			et
			o
			y
			tip
			os
<b>ACERCA DEL ERROR EN</b>	167		de
<b>EL DERECHO PENAL</b>			err
I. Los tipos del error.....			or
II. El error de tipo.....			de
1. Los efectos del error de tipo.....			pr
2. El error de tipo en los elementos descriptivos y Normativos.....	19		oh
	5		ibi
3. El error de subsunción no es un error de tipo.....	19		ci
4. ¿Qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho?.....	6		ón
	19		
	6		2. ¿Q
			ué
	197		ta
	198		n
			cla

ro debe ser el conocimiento de la prohibición? .....	IV.	culpabilidad	201
3. La problemática político-criminal del tratamiento del error de prohibición .....	L		20
4. La vencibilidad del error de prohibición	a		x12
<i>a) Tiene que existir un "motivo» para verificar la situación jurídica</i> .....	s		20
<i>b) El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente</i> .....	i		2
<i>c) Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto</i>	g		205
5. ¿Pueden las dudas sobre el injusto fundamentar un Error de prohibición? .....	n		20
6. ¿El error de prohibición invencible, debe ser invencible en el momento del hecho? .....	if		6
7. El error de mandato [Gobotsirrtum] en caso de omisiones ...	i		20
IV. El error sobre circunstancias justificantes.....	c		20
V. El error sobre circunstancias exculpantes.....	a		6
	ó		20
	n		7
	p		208
	r		20
	á		9
	c		21
	t		1
	i		212
	c		214
	a		215
	d		216
	e		222
	l		
	a		
	d		
	í		
	e		
	r		
	e		
	n		
	c		
	i		
	a		
	c		
	i		
	ó		
	n		
	e		
	n		
	t		
	r		
	e		
	a		
	n		
	t		
	j		
	u		
	r		
	i		
	c		
	i		
	d		
	a		
	d		
	y		
			22
			7
			22
			9
			231
			231
			23

2

234



1. La importancia de la doble vía.....  
235

2. La importancia **para** la punibilidad efe la **participación**.....  
**235**

3. La importancia para el **derecho** de legítima defensa .....  
237

4. La importancia para el tratamiento del error.....  
239

V. Intentos por relativizar la diferencia entre injusto y culpabilidad.....  
240

1. La teoría unitaria en el estado de necesidad.....  
240

2. La teoría de Maurach de la responsabilidad por *e/* hecho ...  
242

3. La teoría del espacio libre de Derecho .....  
244

4. La teoría de las causas de exclusión del injusto penal.....  
247

VI. Causas de exculpación y de exclusión de la pena.....  
252

VII. Resumen..... **258**

**ACERCA DEL CONSENTIMIENTO  
EN EL DERECHO PENAL**

I. Sobre el estado actual de la teoría del consentimiento.....  
261

II. El consentimiento como causa de exclusión del tipo .....  
268

III. Tipos sin posibilidad o con posibilidad limitada de un consentimiento .....  
281

IV. Declaración, objeto, momento y revocación del consentimiento

**EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD  
Y SUS CAMBIOS**

E I principio de culpabilidad y sus cambios..... 297

**EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE  
SEGÚN EL ART. 35 C. P.**

I. Ubicación sistemática según el contenido teleológico de la regulación..... 327

II. el peligro actual, no conjurable de otro modo..... 334

III. Bienes jurídicos susceptibles del estado de necesidad.....	338
	343
	344
	346
	346
	348
	352
	358
	360
IV. El círculo privilegiado <b>de personas</b> .....	
V. El actuar para evitar el peligro.....	
VI. La denegación de excluir de responsabilidad <b>según</b> el art. 35, primer párrafo, 2.....	
1. Acerca de la ratio de la excepción contraria.....	
2. La relación jurídica especial.....	
3. <b>El peligro</b> causado por uno mismo.....	
4. <b>Otro</b> casos de exigibilidad de soportar peligros.....	
5. La medición de la pena en caso de exigible tolerancia de peligros.....	

VII. La suposición errónea de una situación de estado de necesidad.....	361
VIII. La <b>participación</b> en el hecho en estado de necesidad.....	366

**ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL  
DE LA TENTATIVA**

1, La tentativa como puesta en peligro cercana al tipo o infracción cercana al upo de la norma, que causa una conmoción jurídica <b>(teoría de la unificación)</b> .....	372
<b>2. La teoría</b> objetivas de la tentativa.....	378
Las teorías subjetivas de la tentativa.....	380
3. La teoría de la impresión.....	386

**ACERCA DE LA TENTATIVA  
EN EL DERECHO PENAL**

A. La delimitación entre actos preparatorios y <b>tentativa</b> .....	<b>392</b>
I. La resolución hacia el hecho.....	392
<i>1. Resolución y dolo</i> .....	392
<i>2. Resolución no eventual y eventual</i> .....	393
II. <b>El inicio</b> de la ejecución.....	395

1. La tentativa inacabada del autor inmediato.....	395	2. El ámbito no discutido.....	438
<i>a) La teoría jurisprudencial de los actos parciales.....</i>	396	a) Errores en los hechos no llevan (casi) nunca a un delito	
<i>b) La teoría concretada de los actos parciales.....</i>	397	Punitivo.....	438
<i>c) Grupos de casos difíciles.....</i>	398	b) La suposición de tipos no existentes como delito putativo ....	439
<i>aa) Los casos de aproximación.....</i>	398	c) El desconocimiento de causas de justificación y de otros	
<i>bb) Los casos de acechanza y esperanzas.....</i>	400	obstáculos de punición como delito putativo.....	439
<i>cc) Los casos de-prueba y verificación.....</i>	401	d) La extensión desmesurada de los conceptos típicos como	
<i>dd) Los casos de disminución de la protección.....</i>	402		440
<i>d) Actos preparatorios típicos.....</i>	403		442
2. El inicio de la ejecución en la tentativa acabada, en la			442
autoría mediata y en las omisiones.....	404		44
<i>a) El inicio de la tentativa acabada.....</i>	404	delito putativo.....	
<i>b) El comienzo de la tentativa en la autoría mediata ....</i>	407	3. El ámbito discutido: errores que perjudican a uno mismo	
<i>c) El comienzo de la tentativa en las omisiones.....</i>	410	en el campo previo al tipo.....	
3. El comienzo de la ejecución en la tentativa del coautor	414	a) La constelación de casos.....	
El desistimiento de la tentativa	416	b) La teoría del efecto fundamentador de la tentativa del	
	416	error en el campo previo.....	
I. La tentativa fracasada (Fehlgeschlagen)	419	c) La teoría de la impunidad de todos los errores	
II. La tentativa que alcanza su objetivo	421	Autoinculpantes.....	448
III. El desistimiento como tarea en la tentativa			450
inacabada	423		454 <sup>3</sup>
IV. El desistimiento como impedimento del resultado en	427		4
la	427		45 4
tentativa acabada.....	430		465
V. La voluntariedad del desistimiento.....			465
1. La teoría psicológica y normativa .....	433		
2. La insostenibilidad de la concepción psicológica.			466
1. Acerca de la fundamentación de la concepción			467
normativa de la voluntariedad.....			468
			469
		d) La teoría de la deducción a la inversa.....	
		e) La acertada solución diferenciadora.....	
		f) Acerca de la jurisprudencia en el ámbito de los errores	
		en el campo previo.....	

**LA DELIMITACIÓN ENTRE  
TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO**

1. La idea fundamental básica y el campo de delimitación problemático.....437

I. introducción.....  
II. la jurisprudencia.....  
1. La autoría inmediata.....  
2. La autoría mediata.....  
    *a) El caso del rey de los gatos (BGHSt 35, 347)*

*b*  
*)*  
*E*  
*l*

*caso del «Consejo Nacional de Defensa»*  
*(BGHSt 40, 218)*.....  
3. La coautoría .....  
4. La inducción.....  
5. La complicidad.....

III. La ciencia.....	469	III. El desarrollo de la discusión desde el fallo del TFA.....	516
1. Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación.....	469	IV. la solución de la coautoría.....	518
2. Cuestiones particulares.....	469	V. La solución de la inducción.....	520
a) <i>La autoría inmediata</i> .....	47	VI. ¿Autoría mediata como relación de dos personas o como dominio de la organización?.....	52
b) <i>La autoría mediata</i> .....	4	VII. La fungibilidad en el marco del dominio de la organización....	2
c) <i>Coautoría</i> .....	47	VIII. La necesidad del apartamiento del Derecho del aparato de Poder.....	52
d) <i>Participación</i> .....	4	IX. La disponibilidad hacia el hecho específica de la organización como tercer criterio del dominio de la organización.....	4
ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL	475	X. El poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder.....	7
DE LA PARTICIPACIÓN	479	XI. El dominio del resultado como soporte fundamental de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder.....	53
Lo irrealizable de independizar plenamente el injusto de la participación.....	475		0
II. Elementos independientes, no accesorios del injusto de la participación.....	485	¿QUÉ ES LA COMPLICIDAD?	
1. La participación punible presupone que el bien jurídico lesionado por el autor también está protegido frente el partícipe.....	490	I. La causalidad de la complicidad.....	532
2. La participación punible presupone que el partícipe tenga por sí mismo el dolo de realizar el upo.....	492	1. Nuestra propia opinión.....	533
3. La participación punible presupone que el partícipe admita en su dolo también la realización de intenciones relacionadas con el bien jurídico.....	495	2. La fórmula jurisprudencial de la promoción.....	
4. La inducción punible presupone una incitación dirigida a un objetivo.....	497	3. La complicidad como delito de peligro.....	
5. La complicidad presupone una referencia delictiva de sentido.....	501	4. La complicidad psíquica.....	
El ataque al bien jurídico y la imputación objetiva.....	503	II. La complicidad como incremento causal del riesgo.....	537
III. DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN Y RESOLUCIÓN AL HECHO	506	MI. La complicidad como incremento causal del riesgo jurídicamente Desaprobado. Acerca de la punibilidad de las "acciones cotidianas»	539
I. El desarrollo del dominio de la organización hasta 1994.....	513	1. El aportante conoce la resolución delictiva del autor	542
II. El éxito del dominio de la organización en la jurisprudencia (sentencia del BGH, tomo 40, p. 218).....!	515	2. El aportante sólo cuenta con una conducta delictiva Del autor.....	544
			550
			55
			5
			55
			6
			560



## ABREVIATURAS

AG:	Juzgado de paz (letrado)
AIFO:	«Investigación sobre el Sida»
Art.:	artículo
AT:	Parte general
BayOLG:	Tribunal Superior del Land Bayern
BGH o TFA:	Tribunal Federal Alemán (equivalente a la Corte Suprema)
BGHSt:	Sentencias del TFA (colección penal)
BT:	Parte especial
cap.:	capítulo
comp.:	compárese
c. más ref.:	con más referencias bibliográficas
c. núm. ref.:	con numerosas referencias
com. prev.:	comentario previo a
C. A.:	Constitución alemana
C. P.:	Código penal alemán
C. P. P.:	Código (Ordenamiento) procesal penal alemán

<b>DAR.</b>	<b><i>Derecho alemán del automóvil</i></b>	p.g.:	parte general
D. P:	Derecho Penal	RDA:	República Democrática Alemana
DTJ:	Jornadas de Juristas Alemanes	RFA:	República Federal Alemana
ed.:	edición(es)	RG:	Tribunal (supremo) del Reich
edit. (s):	editor (es)	RGSt:	Sentencias del Tribunal del Reich (colección penal)
GA:	<i>Archivos de Goldamm</i>	SchwZStr	<i>Revista suiza de Derecho penal</i>
ibídem:	en el lugar indicado	.	Comentario Sistemático del Código Penal
ídem:	el mismo autor	SK.	Strafgesetzbuch (Código penal)
JA:	<i>Papeles jurídicos de trabajo</i>	StGB:	Ordenamiento Procesal Penal alemán
JR.	<i>Panorama jurídico</i>	StPO:	Revista «Defensor penal»
Jura:	<i>Formación jurídica</i>	SrVi	Tribunal Federal Constitucional (de Alemania)
Jus.	<i>Instrucción Jurídica</i>	TFC:	Ver
JZ:	<i>Periódico de los Juristas</i>	V.:	<i>Recopilación del Derecho de tráfico</i>
L. C.:	Libro conmemorativo	VRS:	<i>Economía y Derecho penal</i>
L. H.:	Libro Homenaje	Wistra:	Comentarios Vieneses al Código Penal (austriaco)
LK.	<i>Comentarios de Leipzig al Código Penal</i>	WK:	y siguiente(s)
MDR.	<i>Revista Mensual de Derecho alemán</i>	ys(s).:	<i>Revista de Derecho comparado</i>
MR.	<i>Comentario Muniqueés al Código Penal alemán</i>		<i>Revista para la toda las ciencias penales</i>
n.d.t.:	nota del traductor	XStW.	<i>Revista del Derecho de tráfico (Austria)</i>
NJW.	<i>Nuevo semanario jurídico</i>	7NR.	
NStZ.	<i>Nueva Revista de Derecho Penal</i>		
n. marg.:	número de margen		
OLG:	Tribunal Superior del «Land»		
op. cit.:	obra citada		
p.:	página (s)		
p. e.:	por ejemplo		



## PRESENTACIÓN

En 1997 tuve el honor de traducir y publicar por primera vez en el Perú una parte del todavía mundial mente inédito Manual «Strafrecht. Allgemeiner Teil» (*Derecho penal. Parte general*, tomo I) del ilustre y querido profesor alemán Claus Roxin. Así, se publicó el libro «La imputación objetiva en el Derecho Penal» (Idemsa, Lima, 1997), que trataba uno de los temas más actuales y polémicos del momento a nivel mundial, aunque todavía no había alcanzado entonces suficiente difusión en nuestro país: la imputación objetiva. Posteriormente tuve ocasión de publicar dos colecciones más de la extensa obra del profesor ROXIN; "Dogmática penal y política criminal (Idemsa, Lima, 1998) y «Problemas actuales de dogmática penal» (Ara, Lima, 2004).

En todas estas publicaciones se trataba no solamente de exponer la concepción de Claus ROXIN, sino también de poner al alcance de los alumnos y estudiosos del Derecho penal de esta parte del continente los nuevos avances en la discusión de importantes temas de dogmática penal.

El eco que tuvieron las publicaciones en el público peruano e hispano-parlante, me ha animado a realizar una nueva recopilación. En ésta se recogen algunas traducciones ya publicadas en 1998 y 2004, pero se agregan otras nuevas que, en parte, reemplazan a algunas anteriores. Aquí no solamente se ha tratado de actualizar las ideas del profesor alemán (p. ej. el nuevo artículo «Dominio de la organización y resolución al hecho»), sino en especial de confrontar su concepción

Con la de la concepción del «normativismo radical» (o funcionalismo sistémico»). Es así que, especialmente en el artículo «Política criminal y dogmática penal hoy en día», el profesor ROXIN hace una extraordinariamente ilustrativa confrontación entre su conocida postura político-criminal y otras concepciones, particularmente la de Güntherjakobs. También en el nuevo artículo «Cambios en la teoría de los fines de la pena», aparte de subsanarse una omisión de las anteriores publicaciones, se observa cómo el profesor ROXIN analiza todas las posiciones conocidas (incluida la del normativismo radical) sobre los fines de la pena, y se reafirma en su conocida postura de la unión. Y en el artículo «El injusto penal en el campo de tensiones entre protección de bienes jurídicos..-», cuyo contenido coincide en gran medida con la ponencia que Roxin hiciera en el memorable Congreso de la Universidad de Lima en 2004 (traducido por José Caro John y publicado en el número 5 de la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, p. 307 y ss.), se defiende la teoría de «protección de bienes jurídicos» ante las nuevas tendencias (también producidas en el pasado) que tratan de abandonarla, y se destaca el peligro que esto implicaría para la libertad individual y el Estado de Derecho. Por último, en el artículo «La ciencia penal ante las tareas del futuro» el profesor alemán reflexiona sobre las nuevas tendencias en la ciencia penal que, ante la globalización y los avances tecnológicos, enfrenta desafíos desconocidos anteriormente: las tendencias de armonización y unificación de los ordenamientos jurídicos penales (sobre todo en la Unión Europea) y la criminalidad económica.

El desarrollo que de la discusión penal que se ha producido en nuestro país en los últimos años, permite adoptar una visión algo optimista de cara al futuro en lo que se refiere a nuestra ciencia penal. Nunca antes había existido tanta actividad investigadora en el campo penal (publicaciones, Congresos, cursos de Maestría y Doctorado, becarios al extranjero). Esperemos que esto vaya acompañado de un similar desarrollo por parte de la administración de justicia (particularmente útil sería una mayor transparencia a través de una publicación oficial regular de la jurisprudencia suprema) y de la actividad del legislador penal (una mayor transparencia y control de la génesis de la ley penal).

En todo caso, es de esperar que las publicaciones de la obra del profesor ROXIN sirvan de inspiración a todos aquellos que quieren para nuestro país y nuestra gente un Derecho penal más justo y humano.

Lima, junio de 2006 Dr.  
Manuel A. Abanto Vásquez

# La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro

(\*) Versión de la ponencia del autor en el Coloquio «Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende», llevada a cabo entre el 3 y el 6 de octubre de 1999, organizado por el Instituto Max-Planck de Derecho extranjero e. internacional en el local de la Academia Berlinesa y Brandemburguesa de Ciencias en Berlín. La versión empleada es la que fue publicada en alemán por el propio Instituto Max Planck, bajo la dirección de Albín Eser, Munich, 2000

## PANORAMA

Quisiera pasar sin más preámbulos al asunto y resumir las tareas

del futuro de la ciencia jurídico-penal, tal como se me presentan, en seis puntos que explico a continuación.

1. La ciencia jurídico-penal tendrá su punto central, también en el futuro, en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del Derecho nacional vigente, es decir, en la dogmática penal en sentido clásico. Esto vale tanto para el Derecho material como también para el Derecho procesal y las demás disciplinas parciales de nuestra ciencia.

2- En ello, la ciencia penal someterá a prueba una y otra vez los

conceptos tradicionales y, en caso necesario, los reivindicará, pero tendrá que dedicarse con especial energía a nuevos e irresueltos problemas planteados también al Derecho penal por el desarrollo social, científico y tecnológico.

3. La ciencia penal también tendrá que trabajar el Derecho nacional más que hasta ahora a partir de una base supranacional.

4. La ciencia penal alemana tendrá que reconquistar en parte, y en parte consolidar su rol central en los campos del asesoramiento de la jurisprudencia y de la legislación.

5. En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento legislativo actual, tendrá que diseñar una y otra vez el De-

recho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas.

6. Finalmente, la ciencia penal tendrá también que proporcionar las bases científicas para un Derecho penal supranacional; esto significa para dentro de poco: el Derecho penal europeo y el Derecho internacional penal.

## II. LA DOGMÁTICA PENAL Y PROCESAL PENAL COMO TAREA INCESANTE DE NUESTRA CIENCIA

La dogmática de las teorías generales del hecho punible no es ciertamente lo último, pero sí, con sus rendimientos resaltables, desde hace tiempo un artículo de exportación de la ciencia penal alemana<sup>1</sup>. Permítaseme decir a manera de una confesión: la dogmática penal con su mezcla de lógica y teleología, de interpretación jurídica obediente y perfeccionamiento jurídico creativo, de sistemática estructuradora y disponibilidad para solucionar problemas que está abierta al sistema, de pensamiento vinculado objetivamente y funcionalismo imputador, de abstracción generalizante que proporciona seguridad jurídica y la pretensión simultánea de justicia individual; esa dogmática es un campo de trabajo magnífico que todavía abre a la ciencia penal, incluso en el futuro, importantes posibilidades de desarrollo.

Por cierto que a esta estimación optimista se opone un escepticismo cansado de dogmática en algunos científicos del país y del extranjero. La dogmática -se dice- sería en muchos aspectos extremadamente complicada y acuciosa. Ella amenazaría con convertirse en un juego de abalorios sin resultados y ataría fuerzas que podrían ser

<sup>(1)</sup> Más detalles sobre el concepto y las tareas de la dogmática, Manfred MAIWAU, «Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart», en: Otto Behrends/Wollram Henckel (eds.), «Gesetzgebung und Dogmatik», Göttingen, 1989, p. 120. Acerca de la cuestión de si la sistemática alemana del hecho punible tiene un futuro en Europa, comp. Walter KRROX, «Hat die deutsche Strafrechtssystematik eine europäische Zukunft?», en L.-H. a Lenckner, Munich, 1998, p. 227.

empleadas en otros ámbitos de manera más productiva. De esto es cierto que existen tales fenómenos merecedores de crítica. Pero de ello no puede deducirse una objeción más radical. Y es que no hay ninguna disciplina que no progrese hacia lo correcto a través de callejones sin salida y errores. El que un instrumento musical pueda ser tocado de mala manera no dice nada en contra del instrumento, y un diluvio de libros de escaso valor no es un argumento en contra de las posibilidades futuras de la literatura.

pero, para regresar a nuestra especialidad: en tanto multitudes de jóvenes científicos desde Japón hasta Chile se ocupen de nuestras instituciones-en el semestre de verano [de 1999] tuve en mi biblioteca mas participantes extranjeros que alemanes-y en tanto seamos invitados por todas partes y nuestras concepciones sobre la dogmática y la sistemática del Derecho penal, tras un fructífero intercambio de opiniones con nuestros anfitriones, puedan medirse con estándares internacionales y mejorarse continuamente, no debemos temer por el fin de la dogmática penal.

Pero también forman parte de las tareas del futuro de la ciencia Penal en especial medida, el desarrollo de la dogmática del Derecho Procesal penal, el cual se ha quedado muy atrasado en relación con Aquel del Derecho penal material<sup>(2)</sup>. Esto tiene variados motivos. El Derecho procesal penal ha sido al principio menos tratado en las universidades que el Derecho penal material. Además, el Derecho procesal penal ha sido siempre un dominio del Derecho judicial y por ello también se ha abierto a la influencia de la ciencia de manera más lenta que el Derecho penal material. Finalmente, en la posguerra, dictados constitucionales han modificado ampliamente y con muchas e impredecibles consecuencias el viejo Ordenamiento procesal penal. Y por último también la influencia del proceso penal angloamericano -desde el *fair trial* hasta el *plea bargaining*- ha dado al Derecho procesal

<sup>(2)</sup> Comp. ya antes Claus Roxin, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht - Ein Rückblick auf 40 Jahre», en: Lenckner, a., a., Jimorniq/Claus Roxin, «40 Jahre Bundesgerichtshof», Heidelberg, 1991, I.....v\*!

penal alemán, al principio estrictamente formal, una forma esencialmente distinta.

Sobre el trasfondo de esta historia, constituye una tremenda tarea del futuro transformar el Derecho procesal penal vigente en un sistema consistente, que proporcione seguridad jurídica y al mismo tiempo quede abierto para nuevos desarrollos; esta tarea muchas veces ni siquiera ha sido reconocida aún entre nosotros y sólo ha sido comenzada tímidamente. Piénsese lo siguiente; los campos problemáticos centrales como la teoría de la prohibición de pruebas<sup>(3)</sup>, la práctica sobre compromisos procesales<sup>(4)</sup> o incluso solamente la amplitud del principio nemo-tenetur<sup>(5)</sup>, son ampliamente ignorados por el texto legal, e igualmente tampoco han sido integrados suficientemente en un concepto global y sistemáticamente elaborado de nuestro Derecho procesal.

Solamente puedo plantear esta tarea; aquí ni siquiera puedo insinuar una solución. Pero por lo menos debe señalarse que este trabajo también tiene una gran importancia práctica. Un nuevo ordenamiento procesal penal, necesario desde hace tiempo y que tendría que reemplazar al permanente remiendo de los últimos 120 años<sup>(6)</sup>, difícilmente podrá conseguirse sin el necesario trabajo científico

<sup>(4)</sup> Desde que Emst BKLICK acuñara el término «prohibiciones de prueba» en 1903 en su obra «Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß», en este campo se ha desatado una discusión de opiniones casi inabarcable, sin que se haya conseguido hasta ahora una superación teórica. Más detalles en Claus Roxin, «Strafverfahrensrecht», 25ta. ed., Munich 1998, § 24 D. c. num. refs.

<sup>(3)</sup> Extensamente al respecto, Bernd SCHLAFER, «Gulachten zum 58. DJT», Munich, 1990; Thomas RÖXNER, «Die Absprachen im Strafprozeß», Kiel, 1990; Werner BUNDE, «Strafprozeßrecht», 3ra. ed., Heidelberg, 1998, n. marg. 394 y ss.; ROXIN (op. cit. en nota 3), § 15, n. marg. Gyss.

<sup>(5)</sup> Ampliamente Klaus ROGALI, «Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst», Berlín, 1977, p. 104 y ss.; ver además Tomen VORBERG, «Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes», NStZ 1997, p. 361 y 415.

<sup>(6)</sup> Roxin (op. cit. en nota 3) proporciona un esbozo de la historia jurídica del Derecho procesal penal, §§ 71 y 72.

sobre las bases (y quizás por eso que tampoco haya sido emprendido seriamente) tampoco puede desconocerse que el desarrollo de la legislación y la justicia en el campo de la administración de justicia Penal en los últimos 20 años cada vez más se desliza hacia un pensamiento de eficiencia orientado en la llamada funcionalidad, en el cual la seguridad jurídica es relegada frente a los espacios de juego concedidos para el juzgamiento en los tribunales y los órganos de persecución penal. Especialmente los derechos y las libertades fundamentales del ciudadano son puestos cada vez más a disposición de procesos de ponderación que a largo plazo y de una manera dudosa desde la perspectiva de estado de Derecho, socavan estas garantías. Aquí la ciencia debe oponer mejores conceptos y, en caso necesario, imponerlos ante el Tribunal Constitucional.

### III. ANTIGUOS Y NUEVOS CAMPOS DE TRABAJO

Resulta trivial, pero debería ser dicho de una vez: el fin del milenio no es ningún momento decisivo de época, sino un mero acontecimiento calendario. Entonces éste no va a renovar rotundamente las tareas de la ciencia penal, sino también tendrá que incluir mucho de lo antiguo en el esclarecimiento científico. Solamente para extraer dos ejemplos, nosotros todavía no tenemos un modelo capaz de consenso para la amplitud de la punibilidad de la omisión<sup>(8)</sup> o del concepto de hecho en el Derecho procesal penal<sup>(9)</sup>, que es tan decisivo

.....Jiirticularmente ilustrativo de esto es proporcionado por el r<|i l.i |iiii'.|iiiKlctK'ia en el campo de la teoría de las prohibiciones de MI 11 i u.il H Iia i ada vez más está tendiendo a ponderar el interés del i . . I IM i iiiiitio del hecho contra el interés individual del ciudadano. . . I M.ii sus ilcK-i:hos de libertad; comp. solamente la sentencia del BGH, •u" n.il. t. Hi. 331; t. 27, p. 357; t. 34, p. 53; t. 38, p. 221 yss.; i, 42, p. 377.

.....In Lis hws .ti respecto, Rolf Dietrich HKK/HKHA «Die Unterlassung i lui' nuil .i.i.s(;;ii;iiii-prii/ip'», Berlín, 1972; Bernd SCHL'XEMANN, «Gründ .i ilri uncí Incn Untorlassungsdelikte", Gotinga, 1971; Joachim VOCKI., ....I rilnhl In:i UnU:rlassungsdelikten«, Berlín, 1993.

..... mienle. ROXIN (op. cit. en nota 3), § 20, n. marg. 1 y ss.

sivo para la vinculación de un tribunal con las materias y para los límites de la cosa juzgada<sup>(11)</sup>. Pero también, por lo demás, la ciencia tendrá que continuar trabajando en todos los campos con la misma intensidad como lo ha hecho hasta ahora, pues las soluciones antiguas son sometidas a prueba una y otra vez a través de la aparición de nuevas constelaciones de los hechos. Y también nuevas concepciones teóricas abren siempre nuevas posibilidades de solución. En la jurisprudencia no hay nada que pueda ser archivado como si hubiera sido definitivamente investigado.

Sea como fuere, los mayores desafíos del futuro se ubican en campos de trabajo que han surgido recién en la época tardía de la posguerra a través de nuevos desarrollos sociales, industriales, técnicos y de las ciencias naturales, o que recién entonces alcanzaron su actual importancia. A manera de ejemplo, mencionaré seis campos de problemas: tres del Derecho penal material y tres del Derecho procesal penal.

Un primer gran ámbito de futuro trabajo está constituido por todo el campo de la criminalidad económica internacional<sup>(11)</sup>, incluyendo la responsabilidad penal en empresas (con muchas tareas nuevas para la determinación de la causalidad, la imprudencia, la autoría y la participación, así como la responsabilidad por omisión). También forma parte de este campo la temática todavía sin resolver de las sanciones a las empresas<sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> Roxix (op. cit en nota 3), §50, n. marg. 11 yss.

<sup>(12)</sup> Comp. al respecto p. ej. Detlev GEERDS, «Wirtschaftsstrafrecht und VermögensschiUz», Lübeck, 1990; Heike JLNK, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems», Berlín, 1979; Rudolf MLLi.Ku/Heinz-Bernd WAH\rr//ThomasjANov,sKy, «Wiirtschaftskriminalität», 4ta. cd., Munich, 1997; Klaus TIEHEMANX, «Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner und Besonderer Teil», Reinbeck, 1976; ídem, «Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts - Versuch einer Zwischenbilanz», en: L. H. a Dünnebier, Berlín, 1982, p. 519. Ver además «Gutachten und Sitzungsberichte zum 49». DJT, Munich, 1972 (t. I, parte C, y t. II, parte F).

<sup>(12)</sup> Extensamente al respecto Hans ACHKXHACH, «Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Urabruch», *JuS* 1990, p. 601; ídem, «Diskrepanzen

(.uno segundo problema, fundamental limítrofe para el Dere-i Im | MM, 11 del futuro menciono aquí los grandes riesgos que amena-í,m ,i una cantidad innumerable de personas. Estos pueden partir de ni i il.n ii.nc.s atómicas o químicas, pero también de la industria farma-i. un. i. de fabricantes de productos alimenticios, productores de ali-uis para animales, etc.<sup>(13)</sup>. Aquí se trata de cuestiones fundamen-i 11. • | juiiien de nuestra ciencia. ¿Es que el Derecho penal constituye

.....**liedlo apropiado para combatir tales peligros?**<sup>14\*</sup> **¿O la mejor solu-**  
.....,idica en renunciar a determinadas posibilidades (palabra clave:

un \><-j In ilri- ahndenden Sanktionen gcgcti Unternehmen», en: L. H. a Stree y \\. •.iris, I Iciddberg, 1993, p. 545; Heiner ALWAUT, «Strafrechtliche Haftung des I im. nirliTiiens - vom Unternehnrenstater zum Táterunternehmen», *ZStW* 105 ' i'i'l'l). p, 752; Hans Joachim KIRSCH, «Die Frage der Straffähigkeit von n r....'iiverbänden», Opladen, 1993; ídem, «Strafrechüiche Verániwortlichkeit mu l 'niriiK-hmen», *ZSiW*107 (1995), p. 285; Harro OTTO, «Die Strafbarkeit von L....•nii-hmen und Verbänden», Berlín, 1993; Bernd SCHCXEMANN, i iii.'iiclimenskriminalHát und Strafrecht», Colonia, 1979; ídem, 'i i i l i cchldogmatische und krirninalpolitische Grundfragen der IliiH'iiii-hmenskriminalitat», *wistra* 1982, p. 41; Günter STRATEXWERTH, Mi.ihri hiliche Unternehmenshaftung?», en: L. H. a Rud. Schmitt, Tubinga, IMT.í, p. 2Í15; Klaus TILUKMANX, «Die 'Bebulung' von Unternehmen nach dem /wriK'ii (ifscu zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalitat», *NJW*, 1988, p. 1169; idriii, «Sirafrecht in der Marktwirtschaft», en: L. H. a Siree/Wessels, Heidelberg, l'i'i I. p. 527; Klaus VOLK, «Zur Bestrafung von Unternehmen», *JZ* 1993, p. 429.

"" Kntretanto, casos de este tipo ya han ocupado al Tribunal Federal aic-in.iii en In llamada sentencia «Lederspray» [aerosol para cueros] y en el llamado , i.....Hol/.schutzmkstel» [protector de madera]: BGH. Colección penal St t. 37, p. IDIi; i. 41, p. 20fi. Más detalles sobre la responsabilidad por el producto y de la . nil H<'sa, focrg BRAMMSEX, «Strafrechtliche Rückruppflichten bei fehlerhaften rioiluku-n?», *GA* 1993, p. 97; Lothar KUHLEN, «Sirafhaftung bei unterlassenem l'ui knif gesundheitsgefährdender Produkte», *NStZ* 1990, p. 56fi; Erich SAMSOX, l'mlileme sirafrechtlicher Produkthaftung», *StV* 1991, p. 182; Joachim SCHMIDT-S\i/.Kit, «Strafrechtliche Produktverantworiung->, N/1V1990, p. 2966; Bernd 'i HiMAiAXN', «Die Strafrechtliche Verantwortichkeit der Umernehmensleiuing luí llrcich von Umweltschutz und lechnischer Sicherheit», en: Rüdiger Breuer/ Mu h,u'l Klopfer y otros (edits.), «Umweltschutz und technische Sicherheit im UnkTichrnen», Heidelberg, 1994, p. 137 y 163.

<sup>(13)</sup> Sentando las bases, Cornelius PRITTWITX, «Strafrecht und Risiko», hiindbrl del Meno, 1993.

renunciar a la energía atómica) o en el perfeccionamiento de controles preventivos?

Pienso que el Derecho penal solamente entra en consideración como tercera opción después de las dos mencionadas formas de minimización de riesgos. Pero incluso entonces surgen todavía numerosas cuestiones no aclaradas: ¿es el Derecho penal, también en el campo de riesgos lejanos, un instrumento social de dirección admitido, es decir, apropiado y proporcional?<sup>(16)</sup> ¿Es que el concepto central de protección de bienes jurídicos, con el cual se ha descrito hasta ahora la esencia del Derecho penal, es de ayuda en casos de perjuicios ambientales e influjos en la sustancia hereditaria cuya plena trascendencia recae en las generaciones futuras? ¿O debería ser reemplazado por otros instrumentos como el del aseguramiento del futuro?<sup>161</sup>

Las limitaciones de las categorías dogmáticas se ven expuestas a modificaciones nuevas cuando entran en acción nuevos riesgos graves. La abstracción de los delitos de peligro abstracto y la generalización de «bienes jurídicos» colectivos (como el de la vida colectiva y la previsión estatal de peligros), y a partir de aquí no puede legitimarse la sanción penal de una prohibición?<sup>71</sup>

La respuesta es respondida negativamente sobre todo por la llamada teoría de la función (del Derecho penal, y es objeto de vivas discusiones; comp. CLIX KMXIX, «Simultaneität AT», t. 1, 3ra. ed., Munich, 1997, § 2, n. marg. 26-31).

<sup>16</sup> (ver STITATKNWLiKTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts», ZStW 5 (1993), p. 679; más detalles en ROXIN (op. cit. en nota 15), n. marg. 12 y s.).

<sup>(16)</sup> Al respecto, Roland HFKNDLHL, «Strafrecht und Schutz kollektiver Rechtsgüter», trabajo de habilitación para ejercer la cátedra, 1998 [entretanto se ha publicado el libro del autor: «Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht», Colonia, 2001]; comp. Félix HKK/OC, «Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtlicher **Dflicinsvorsorge**», Heidelberg, 1991; Günther JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen **Funktionalismus** und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken», ZStW 107 (1995), p. 155; Lothar KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», GA 1994, p. 3(52); Ilcin/ MÜmiR-DIETZ, «Aspekte und Konzepte der Strafrechtsgrenzung», en: I. II. a Rud. S.; H[UT], Tubinga, 1992, p. 104; Cornelius PKHTWITX, «Strafrecht und Risiko», Francfort del Meno, 1993; Bernd SCHIXMA.VN, «Kritische Anmerkungen zum **at**ur geisliche Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», GA 1995, p. 210; IVank /irsciiAND, «Die Cleführungsdelikte», Berlín, 1998.

En este ámbito el principio de culpabilidad, hecho a la luz de una conducta individual desviada, todavía un medio razonable para limitar el poder de la intervención estatal? Todas estas cuestiones están ya ahora en el horizonte de nuestra ciencia, y usualmente comenzado. Pero su respuesta satisfactoria todavía está en un futuro lejano.

(Como tercer campo del futuro, también para el Derecho penal, desde la perspectiva de la problemática total de la vida y de la muerte humana, el Derecho penal ha adquirido nuevas dimensiones a través de los progresos de la medicina. Esto se extiende desde la protección de los embriones, pasando por la tecnología genética y el Derecho de trasplantes hasta las cuestiones de la ayuda a morir<sup>20</sup>, que se plantean de distinta manera que antes debido a la moderna medicina intensiva. Todos estos cambios, al igual que la protección total de la vida, constituyen ámbitos nuevos de trabajo no solamente de la medicina o de la bioética, sino también del Derecho penal. En estos campos, hasta ahora el legislador ha decidido rotundamente. La ley de trasplantes, con sus intentos de regular todo comercio de órganos, ha resultado ser prácticamente un

<sup>1M)</sup> Anhur KACFMANX, «Rechtsphilosophische Reflexionen über Technologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend», 2 1987, p. 101; U.F.K., «Rechtliche Schranken der Humangenetik», 1991, p. 441; i. ni, «Klonen, Embryonenschutzgesetz und Biomedizin-Konvention», en L. H.

• i. ni, Munich, 1998, p. 477; Bernhard LOSCH, «Lebensschutz am Embryo - Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes», NJW 1991, p. 2926; Friedrich-Christian SCHROTH, «Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes», en: L. H. aMiya/awa, Baden-Baden, 1995, p. 533; Dcllev • i. ni, «Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht», NSZ 1988, p. 1.

<sup>11</sup> Comp. al respecto Erwin DKFTse.K, «Das Transplantationsgesetz vom 1. 1. 1997», A/IV 1998, p. 777; Ulrich SCHROTH, «Die strafrechtlichen Tatbestände

del Embryonenschutzgesetzes», JZ 1997, p. 1149; Jarmila DLFKOVA, «Die Zulässigkeit der Entnahme von Organen zu Transplantationszwecken im Vergleich mit anderen Sektionen», MedR 1998, p. 304; Hermano Corisloph HEUER, «Die strafrechtlichen Tatbestände des Embryonenschutzgesetzes (JZ 1997, 1149 S.)», JZ 1998, p. 506.

<sup>1m</sup> Existentemente al respecto, «Gutachten und Sitzungsberichte zum 56. IJ 1998», Munich, 1986 (tomo I, parte D y tomo II, parte M).



fiasco<sup>(int)</sup>; y la ayuda a morir ha sido dejada a las directivas (jurídica-menU-' no vinculantes) del Colegio Médico Federal<sup>(-2)</sup>. Con más razón i: s larca de la ciencia penal trabajar para obtener .soluciones objetivas, en parle de lege lata, en parle de lege ferenda.

Mi cuarto ejemplo lo extraigo del Derecho procesal penal. Los compromisos procesales ya mencionados entre el fiscal, el tribunal y el abogado defensor, los que actualmente dan termino a una gran parte <lc lodos los procesos, no están previstos en la ley y convierten nuestro |>rnc,so penal, concebido en el contradictorio, cada vez más en un proceso consensual. El que tal cambio de paradigma deba darse sin IKLSC legal, constituye una cuestión lan abierta como la compatibilidad de los acuerdos tomados fuera del juicio oral con el principio Investigatorio y los principios de publicidad, oralidad e inmediatez que dominan nuestro juicio oral<sup>(23)</sup>. Nuestro Tribunal Federal se ha

<sup>(-1)</sup> Al respecto Ulrich SCHKOTH, «Die strafrechruhen Tatbestände des [hmsplantationsgesetzes], JZ 1997, p. 1149 y ss.; comp. también Peter KÓN'Ü, «Smifbarer Organhandel», Francfort del Meno, 1999.

<ai) Comp. en Deutsches Ärzteblau, 1979, p. 957 y actualmente, NJW, 1998, >. 340fi. Acerca del contenido y el sentido de una regulación legal, ver «AJternativ-iniwurf eines Gesetzes über Stei'behilfe», Stutigart, 1986, así como Adolf LALTS, Selbstverantworretes Sterben?», NJW1996, p. 763; Erich STKFFK.N, -Noch einmal: jdbslvcrantworretes Sterben?», NJIV1996, p. 1581; Herbert TRÓMM.I., «Nochmals: ilerbehilfe, lex artis und miitmalilicher Patientenwille», MedR 1988, p. 163; idem, Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?», ZStW99 (1987), p. 25, c. i;is ref.

•<sup>11</sup> Comp. además de la literatura nombrada en la nota 4, Werner BKI/LKK, Die Siralbarieh des Verteidigers», Heidelberg, 1989, p. 116; Werner BKULKE/ Irlmm SAT/CKR, «Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen -(jHSt 42, 191-, JuS 1997, p. 1072; Reinhard BóTTCHLK/Hans DAHS/Gunter 'niMAiut, «Verständigung im StrafVerfahren - eine Zwischenbilaiiz», NStZ 1993, p. 75; Hans DAHS, «Absprachen im SiraiprozeG», NStZ 1988, p. 153; Winfried ASM'MKii, «Pacta sunt sei-vanda - auch im StrafprozeB?, BGH, NJW 1989, 2270», JuS )80, p. 890; Klaus LC nrassi-s, «Die Verständiguag im StrafprozelS», StV 1990, p. 15; Lulx Mi'Vi-K-G(il)KK, «linllasiung der StrafrechLspflege - ein ungewöhnlicher H-schlaff», A'S/Z1992, p. 167; Dieter RóssM-it/Christian EXÍHEIJNC, «Der praktische III: Siraipro/cBrecht - Dcr 'Vergleich' im Strafverfahren», JuS 1991, p. 664; irisioph RCcKiii., «Verteidigertakiik bei Verständigungen und Vereinbarungen i Straiverfabren", NStZ 1987, p. 297; Werner Sch.NiiDi-H[-nr,R, «Absprachen im

. mili lio cu conseguir soluciones practicables<sup>12\*1</sup>. Pero toda-

- h.i conseguido el acabado jurídico en sentido estricto de
- 1 'i i ni ln rxlrapenal trascendental hasta llegar a lo casuístico, a
- i i i) i ir si- quiera hace valer como última palabra el veredicto lajan- .....luiiblrl de SCHÜNEMANN<sup>(-3)</sup>, qtie ha sido desatendido por la co- lili |> i im ¡ul del desarrollo. Podría ser que en el futuro necesite-
  - I" ni dr i lamientes procesales penales, uno contradictorio y otro u n.il

i u in i rno cien tífico nuevo es creado, en quinto lugar, también i lu'. ini'Hidos de investigación en el proceso penal, métodos que .....iiliiicl progreso científico y técnico y que todavía eran descono-<sup>11</sup> i i l.1 muy avanzada la posguerra: forman parte de esto los meto iinpularizados de pesquisa, como la búsqueda por redes de in- •• ii in pnsnal archivada temporalmente en los controles policiales • i lili !>|iri/.larndung], la búsqueda de «cernidor» o esa a través de 11 i ini i h i ns y según criterios criminalísticos [Rasterfahndung] y la •• .11 ni l.1 para la observación policial, pero también el empleo de u ili..'. in 11 icos como la vigilancia por video, el gran «ataque deescu- ii irllriinicas» y, no por último, también el análisis genético que ha . lo ,i muí considerable ampliación de las posibilidades de prue-<sup>1</sup> 11 Ir^islador ha intentado hacer que estos nuevos métodos, que i . n .i|>irc CFR ya no como una lejana utopía al Estado controlador
 

- i itio . imnonicen con el derecho a la autodeterminacion.de la

ij.....II Pvivileg des Wohlstandskriminellen?», NJW 1990, p. 1884; Thomas n. ••AliKi' spnichene Gerechtigkeicit»,/Z 1990, p. 774; Gunter WIDMAIER, «Dcr • i.i/cssitiile Vergleich», StV 1986, p. 357.

<sup>1111</sup> .Snumda del BGH colección penal, t. 36, p. 210; t. 37, p. 10 y 298; t. 38, • -Id. p. 287; t. 43, p. 195; sentencias del BGH en íV/H'1994. p. 1293 NJV r '.iiH;yi:n JVSÍZ1994, p. 196.

" Srium:IANN (op. cit. en nota 4); idem, «Wetterzeichen einer mu i|.i-licii(li-ii Strafprozelikultur? Wider die falsche Prophetie des i .i ii liriiclysiums» [«Signos climáticos de la caída de una cultura procesal i.....I I' n colina de la falsa profecía del Elíseo de compromisos procesales», StV 11 III)7.

<sup>1111</sup> I linii). sobre estos nuevos métodos de investigación, Roxix (op. cit. en mi i 11, \$ U), u, inurg. 17 y ss. y § 33, n. marg. 7, c. más ref.

información, así como con los demás derechos fundamentales del inculpado y con los derechos de negarse a declarar. Al igual que en los acuerdos procesales, si bien de una manera distinta, aquí también está en juego el concepto global de nuestro proceso penal, el cual descansa sobre un balance cuidadoso entre derechos estatales de intervención y derechos de libertad de los ciudadanos. Un Estado de Derecho debe preservar este equilibrio. Aquí todavía falta mucho por investigar. Probablemente, al final del proceso científico de esclarecimiento se tendrá que exigir modificaciones considerables y retirar potestades de intervención demasiado amplias.

El sexto y último punto esencial que queda por mencionar para un futuro trabajo se refiere al empleo cada vez más amplió, por los órganos de persecución penal, de espías [soplones]. Los agentes encubiertos, es decir, agentes policiales que actúan de incógnito, han sido admitidos recientemente por la ley<sup>37f</sup>. No está regulada la utilización de las llamadas personas de confianza, es decir, de agentes privados de la policía que, sin embargo, son de todos modos empleados en un número mucho mayor en el medio criminal<sup>ys</sup>. Pero, más allá de ellos la policía utiliza también a otras personas privadas para sonsacar a inculpados y testigos<sup>3H</sup>.

Aunque los órganos de persecución penal, cuando interrogan a inculpados, tienen que explicarles previamente sus derechos a negarse a declarar y a ser testigo, y no deben nunca procurarse las declaraciones mediante engaños, las personas arriba mencionadas y empleadas para el esclarecimiento renuncian a toda explicación y engañan a aquél de quien sospechan en cuanto a sus verdaderas intenciones. El que estos distintos procederles apenas sean compatibles jurídicamente, resulta patente, y la tesis de que la moderna y sobre todo organizada criminalidad solamente podría ser combatida a través de un ejerci-

<sup>37</sup> Al respecto ROXIN (op. cit. en nota 3), g 10, n. marg. 25 y ss., c. más ref. \*-H)

Comp. Roxix (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 29, c. más ref.

<sup>38</sup> Integran estos casos sobre todo la llamada «Hórfalle» [trampa de escuchas telefónicas], que han ocupado ya a la gran Sala del Tribunal Federal alemán; comp. la sentencia del BGH colección penal, t. 42, p. 139.

no es ningún argumento jurídico porque el fin no justifica los medios<sup>III</sup>. También aquí se trata de cuestiones fundamentales del proceso penal, las cuales no han sido de ningún modo definitivamente lebradas.

Vi o incluso si el empleo de tales colaboradores encubiertos deba ser permitido con o sin una regulación legal, todavía no quedan claros los límites de sus facultades. Y, ¿realmente debería ser sancionado aquél que recién es seducido hacia la punibilidad por un provocador?<sup>311</sup> ¿Y bajo qué presupuestos pueden hacerse ellos mismos al motivar a la comisión de delitos, así se haga mudanza de poder probarlos después?<sup>321</sup> Acerca de todos estos • existe una extensa literatura y alguna jurisprudencia (incluso del Tribunal Europeo de Derechos humanos<sup>1331</sup>), no siempre libre de contradicciones. Pero no hay claridad jurídica. Conseguirla .....muye una urgente tarea científica.

<sup>111</sup> Comp. sobre la problemática de la trampa de escuchas telefónicas la .....1.1 del TFA (Sala grande), t. 42, p. 139, así como Klaus BKHSMAXX, <sup>^</sup> i m i iinigsverbot für Angaben eines Beschuldigten, die dieser ohne Kenntnis I liiiiirrgiundes in einem Gespräch mit einer von der Polizei mit dern hi i n hen beauftragten Privatperson macht?», *StV* 1997, p. 116; Friedrich Mi i MU, <Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der HrwrlsuL'winnung im Strafverfahren», *StV* 1994, p. 671; Hans LISKEN, I. li-lomimhören erlaubt?», *NJW* 1994, p. 2069; Joachim REX/IKOW.SKI, «Die I.....In lie Vernehmung des Beschuldigten unci ihre Umgehung», *JZ* 1997, p. II ! luis Koxix, «Nemo tenetur - die Rechtsprechung am Scheideweg», *NStZ* i<sup>111</sup>1, j. •(!)>; ídem, «Zura Hörfällen-BeschluB des GroJen Senats für Strafsachen», VW UUti, p. 18; Christian TiKrrj, «Zulässigkeit des Telefonmilhörens durch die l'...ti/1-i t-iti FallderArt. 10 GG und 8 EMRK», *MDfI*1994, p. 1078; Torsten VKKRKI, • Ni'ino umciiir - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsaues», primera y se- ,.....l,i |>;itics, *JVSIZ*1997, p. 363, p. 415.

<sup>111</sup> Kxtensamenie, Ruxt\ (op. cit. en nota 3), § 10, n. marg. 27 y s.; Imme UMXIX. "Die Rechtsfolgen schwerwiegender RechtsstaatsverstóBe ir» der •i iiiii-ilitspíege», 3ra. ed., Munich, 2000.

"" Al respecto, Claus Roxr\, en: *LK*, lira, ed., Berlín, 1992, § 26, n. marg. .i., f. más ref.

<sup>MI</sup> Comp. así EGMR *NStZ* 1999, p. 47, sobre la admisibilidad de una conde-11.1 irán f/ empleo de un agente provocador.

Ya este segmento del programa de trabajo para el futuro habrá mostrado qué enorme tarea tiene ante sí la ciencia jurídico-penal al comenzar el nuevo milenio.

#### IV. LAS BASES SUPRANACIONALES DEL DERECHO PENAL

La ciencia jurídico-penal del futuro tendrá que ser practicada más que hasta ahora sobre una base internacional<sup>(M)</sup>, y con ello llego a una de las tareas más importantes. Aunque his LO ricamente ya haya habido una jurisprudencia sobre una base internacional -p. ej. la del Derecho romano-, sin embargo ella, en su mayoría, ha sido llevada a cabo en el ámbito del Derecho empleado ante ía práctica de los tribunales como ciencia restringida al territorio nacional. Esto es un error, y hoy más que antes. Como es sabido, ya PASCAL<sup>11</sup> se había burlado de la «justicia jocosa que tiene sus límites en un río». El que la verdad jurídica de este lado de los Pirineos deba ser una distinta de la del otro lado no era, con razón, comprensible para él.

Con la vista puesta hacia el futuro quisiera defender la tesis de que la cienciajurídka, sin perjuicio de las regulaciones diferentes también en modernas codificaciones, solamente es *una*, en cuyo desarrollo deben cooperar los investigadores de todos los países. El círculo internacional de participan tes de nuestro Congreso es para mí una con urinación viva de esta suposición. Yes que, en efecto, el objeto de la cienciajurídico-penal es en todos los Estados modernos mucho más

<sup>11</sup> Conip. sobre los esfuerzos tomados hasta ahora en este campo, p. ej. tundi SiKHi-'K (ed.it.), «Europäische Einigung und Europaisches Strafrecht», Colonia. 1993; ídem, «Memorandum für ein Europaisches Modellstrafgesetzbuch», j7. 11197, p. 369, c. num. y más ref.

<sup>11ii</sup> Sobre esto y lo que sigue, Blaise PASCAL, «Pensées», fragmento 94, «Mercure de France», 1976. El modelo para esta idea lo encontró Pascal en los Kssais de MONTAIGNE. Allí se dice: «¿Qué valor puede tener una virtud ... que rige como delito ya más allá del río? ¿Qué verdad es ésa que termina en esta \oielta de l;í montaña y que para el mundo que está detrás significa una mentira?» (comp. Michel de MONTAIGNE, «Essais», primera traducción moderna total [al alemán] de Hiins Stilet, Francfort del Meno, 1998, p. 289). La referencia a Montaigne debo agradecerse a la prof. Peter J. SCHICK de Graz.

en KM de lo que se cree muchas veces. E incluso las regulaciones  
<sup>1</sup> >li .ilincnies no ponen en cuestión la unidad de lacienciajurídi-  
 •ii !•, iría explicar brevemente ambas afirmaciones, porque consti-  
 ii l, i lu.sr de las deducciones que quiero extraer para la forma de  
 •i|.u dr nuestra ciencia,

Kn primer lugar, la unidad del objeto de la investigación. La cri-  
 •iln Lid es un fenómeno que se presentado manera muy similar en  
 111\* li is los i ni idemos Estados industriales. Lo que es sancionado con pena  
 MU r-, <!<• ninguna manera arbitrario, sino está previamente trazado en  
 • 11 medida por las condiciones disponibles de una segura y libre con-  
 iii ' social, que son accesibles a la exploración científica. Esto es  
 Jinln desde hace mucho en relación con los tipos «clásicos» del nú-  
 • li M ili'l Derecho penal: toda sociedad que no quiera hundirse en el  
 •. ilrbr penar el asesinato y el hurto, la violación y el secuestro y  
 u 11111 r 11 was otras conductas, que de ser toleradas destruirían el sistema  
 'ii M i.il cuya protección compete al Derecho penal. Pero lo mismo vale  
 I M i.l i. l. is i lis i lposiciones penales nuevas, con más o menos historia.  
 Quien  
 ijiiiri.u oii ibalir eficazmente la criminalidad organizada sobre una base  
 n i n i n jonal no puede renunciar a colocar bajo pena al blanqueo de  
 Il inri o; |UTO la forma cómo debe configurarse tal tipo penal para  
 ser  
 ln ni i-, efectivo posible constituye una cuestión científica de primer  
 1.111^11 iodavía no resuelta, así como un problema mundial<sup>301</sup>. Lo co-  
 i n 'l, "Midiente rale cuando se trata de impedir la destrucción del am-  
 liirnu-, lo cual recién ha alcanzado una medida de amenaza para la  
 •< irdad en los últimos decenios; también en este campo nuestro ins-li  
 mncnUil penal es todavía insuficiente, pero mejorarlo es una tarca i  
 (i ir i iruc que ocupar por igual a los científicos de todos los países<sup>(37)</sup>.

<sup>301</sup>> Ampliamente y comparando Derechos, al respecto, Petra HOYKR/  
 |'>.i(lifiii Ki.os, «Regelungen zur Bckämpfung der Geldwäsche und ihre  
 \nwrii<liiiiijr in der Praxis», 2da, ed., Bielcfeld, 1998.

<sup>(37)</sup> Comp. al respecto p. ej., en lo internacional, Karin CoixiLs/Günler  
 11i M. (eclils.), «Umweltstrafrecht in den nordischen Ländern», Friburgo de  
 11i is^Dviii, 1994; Albín EsKR/Günter HKINK (edits.), «Umweltstrafrecht in England,  
 Kiiiiiiida unci den USA», Friburgo de Brisgovia, 1994; Giinter HEINK (edit.),  
 I Umweltatrafrecht in osleuropäischen Ländern», Friburgo de Brisgovia, 1995; así  
 17

Pero no solamente en lo referente a los tipos delictivos se da una gran medida de unidad supranacional del Derecho penal. También las categorías jurídicas de la teoría general del delito constituyen objetos de investigación mundiales de cada ciencia penal más o menos desarrollada. Instituciones jurídicas como la «legítima defensa» y el «estado de necesidad» juegan necesariamente un papel en cada ordenamiento jurídico, porque las situaciones de vida a las que deben su aparición son ubicuas. Cuando p. ej. se observa el Derecho penal de los estados federados de Norteamérica, tan extraño para el pensamiento europeo-continental, se comprobará que bajo las allí llamadas «defensas»<sup>(38)</sup> se ocultan las mismas interrogantes que ocupan al penalista europeo y de Asia del este. Y también problemas como la causalidad y la imputación objetiva, el dolo, la imprudencia y el error, los actos preparatorios, la tentativa y el desistimiento o la punibilidad de la omisión, se plantean por todas partes y no son para nada propiedad nacional.

Sin embargo, con los distintos tipos y categorías delictivas de la teoría general del delito se vinculan problemas que no son resueltos de la misma manera en todos los países. Pero también esta circunstancia -y con ello llego a mi segunda expresión nuclear- todavía no cuestiona el carácter de validez general de los conocimientos de la ciencia penal. Ciertamente, los problemas penales del aborto, el consumo de drogas, la ayuda a morir o (para trasladarnos a la dogmática de las teorías generales del Derecho penal) de punibilidad de la tentativa inidónea o de los delitos de omisión impropia son regulados parcialmente de diferente manera en los distintos países. Pero, y esto es lo decisivo: los problemas son los mismos; y los argumentos que podrían aportarse para una u otra solución son limitados en su número, tienen por lo general validez supranacional y pueden llevar a un consenso internacional y, en sus consecuencias, a iguales o parecidas regulaciones, más allá de todas las pretensiones políticas de armonización; esto

como en lo nacional, Michael **KLOEPFER/Hans-Peter VIKRHACS**, «Umweltstrafrecht», Munich, 1995.

(38) Extensamente al respecto, el estudio de Derecho comparado de Stefan **STAI DL:R**, «Die allgemeinen defenses des New York Penal Law», Francfort del Meno, 1999.

• H;K UTÍstico ahora de amplios ámbitos del Derecho penal en .i|<-s |>:iilrstd mundo.

No obstante, no debe pasarse por alto que las condiciones políticas y culturales previamente dadas no son idénticas en todas partes y, sobre todo, no lo son en todos los ámbitos del Derecho. Tal como es, poco sería deseable, pues la riqueza y fecundidad de la ciencia jurídica europea y mundial presuponen que se posibiliten tradiciones individuales. Para una ciencia jurídico-penal supranacional esto tiene una consecuencia que los argumentos que se elaboren de manera cooperativa para solucionar tareas comunes no tienen por qué tener en cada país el mismo peso. Más bien, los presupuestos divergentes sociales y socio-culturales pueden -no en todas partes, pero sí en algunas- influir en el peso de los motivos jurídicos que deben considerarse. Así, en algunas abalanzas, de tal manera que algunos países pueden aceptar algunas soluciones jurídicas al problema y, no obstante, haber encontrado el Derecho correcto pertinente en su ámbito. En efecto, hay algunas verdades sin que esto pueda afectar en lo más mínimo la validez de los métodos de la ciencia jurídico-penal que deben utilizarse para encontrarlas.

En el trabajo científico en el Derecho penal esto significa igualmente que uno sólo está a la altura de la época cuando tiene a su lado el momento, más allá de la literatura y jurisprudencia nacional, también el estado internacional de la discusión. Precisamente en el Derecho penal alemán tiene que venir a oír esto, pues en este campo alemán se ha quedado atrás de otros países. Apenas habrá un científico alemán, polaco o japonés que al trabajar los problemas penales centenarios deje sin considerar la literatura alemana. Pero el penalista alemán si no se trata precisamente de un comparador profesional de Derecho penal<sup>1^1</sup>, es culpable frecuentemente de descuidar el pensamiento penal no alemán. La transferencia de ciencia en nuestra especialidad es frecuentemente una calle en un solo sentido.

<sup>1^1</sup> Acerca de las funciones, métodos y límites del Derecho penal comparado. **Últimamente** de manera instructiva, Albin **ESI-IR**, «Funktionen, Methoden und I MI-II/CII der Strafrechtsvergleichung», en: L. H. a Kaiser, Berlín, 1998, p. 1499.

Esto tiene rasgos comprensibles: los límites de la capacidad de trabajo, la falta de bibliotecas del Derecho penal extranjero en la mayoría de las universidades (el Instituto Max-Planck de Friburgo constituye aquí, incluso bajo el rasero internacional, una gloriosa excepción), y también la barrera del idioma que solamente es de alguna manera superable en el caso de los idiomas universales, entre los cuales, en el Derecho penal, también se encuentra el alemán.

No obstante, no creo que debiéramos resignarnos ante estas dificultades. Más bien veo aquí precisamente una tarea de futuro de la ciencia jurídico-penal mundial, a la que se debería echar mano de una buena vez. Necesitamos un manual internacional de Derecho penal -naturalmente de varios tomos- en el cual se exponga, compare e interprete el Derecho penal de todos los Estados europeos y también de los principales Estados no europeos. Este manual debería comprender el acervo de reglas e ideas del Derecho penal de su tiempo y, correspondientemente, no solamente debería juzgar contenidos normativos, sino también contener la práctica interpretativa de los tribunales así como las opiniones doctrinarias influyentes y, desde una atalaya supranacional, valorar, ponderando por política jurídica, las ventajas y desventajas de la aplicación jurídica en los distintos países. En último lugar, al hacer un panorama comparativo, se valoran de distinta manera las ventajas y desventajas de determinados modelos de solución, esto debería ser expuesto de manera abierta, señalando los argumentos que se toman en cuenta; lo demás debería ser dejado a la discusión internacional.

Tal obra no ha sido nunca iniciada en forma extensa. Pero ello sería plenamente realizable para la comunidad internacional de países si participaran en ello muchos científicos de la mayor cantidad posible de países bajo la exigencia de una razonablemente modesta financiación, e incluyendo una traducción en los diferentes idiomas <sup>(40)</sup>.

de los esfuerzos de armonización que se han realizado hasta ahora en el campo del Derecho penal europeo, Lillrich SIMKEK, «Memorandum für ein Europäisches Modellsirafgesetzbuch», Z 1997, p. 371 y s.

, 'l . n < | i i e consistiría el provecho de tal obra? Primeramente, daría • MI impulso a la ciencia jurídico-penal al presentarse inmediata- n l i . l Li visla de cada investigador el campo problemático tratado

l . . . l m . is allá de la tradición nacional y de la legislación, en un con- i ' i q i i r . i b a r q u e el mundo enico. Los seis campos de trabajo de la i u n u . u i c u r i a jurídico-penal, nombrados antes a manera de ejemplo, i I M . I M entonces ser tratados desde el principio en el contexto de la « n l i M i . i penal internacional. No existe, en la actualidad, la posibilidad

• I - u n . i la pida y completa orientación de tal tipo que ahorre investiga- i l m n " . | i m p í a s que realizan una reflexión sobre lo ya pensado e i n l e n - i " I n N i llegara esto a existir alguna vez, se beneficiaría mucho el nivel di l . i i i n i c i a jurídico-penal de todo el mundo porque cada cual que ( i i h . i | c m e s l e ámbito podría desde el principio trabajar sobre la base di I c - ^ i . i d o d e conocimiento alcanzado hasta entonces.

Aclrmás, tal compendio universal, que también podría ser tras- " . i m l i i por el moderno sistema de datos, prestaría grandes servicios al n i i i . i j i » legislativo en todos los países. Cuando a principios de este siglo vi C, I',

alemán debía ser reformado, para preparar esta empresa, se • 1 . 1 1 i i u 1 1 ] κ > r numerosos penalistas una «Vergleichende Darstellung des I r i n i s i l i e n u n d A u s l á n d i s c h e n S t r a f r e c h t s » [Exposición comparada del I - i M ' i l i o penal alemán y extranjero] de 16 lomos<sup>(41)</sup>. La reforma que- i t t t e n n a d a , pero la «Vergleichende Darstellung» ha permanecido • l m . M U » - d é c a d a s como tina obra penal básica, «alandmakin thchistory "l < m n p i i i f U i v e penal studies», tal como decía RADZiNowjcz<sup>(4y)</sup>. Estatra-

I i i n u i e s laque debe renovarse y consolidarse, especialmente porque L i s | κ i s i h í l i d a d e s de comunicación internacional y de transmisión de la i n l o i m a c i ó n es hoy en día infinitamente mayor que a principios del i l ^ l n . l I n manual detallado de Derecho penal internacional sería una v , i l i « s ; i l i e n l e de conocimiento para <sup>1</sup> Karl BIRKVIUYKR y otros (edils.), "Vergleichende Darstellung des 'l < n i . l h e n u n d a u s l i m d i s c h e n S t r a f r e c h t s » , p . g . , t . I - V I , 1908, y la p . e . , t . V I I - I X , t ' M ) <sup>1</sup> . ) ( i o n i o índice para la p . g . y la p . e . , 1909).

<sup>1000</sup>) Sir León RAÜZINOWICZ, «International Collaboration and Criminal ' . I I - I K < • » , *The Law Quarierly Review* 58 (1942), p. 128.

el mundo. Al mismo tiempo, sería -y con ello regreso a mi tesis inicial- la manifestación más convincente de la unidad mundial de nuestra ciencia jurídico-penal.

## V. ASESORAMIENTO A LA JURISPRUDENCIA Y A LA LEGISLACIÓN

Además forman parte de las eternas, y por ello también futuras tareas de la ciencia del Derecho penal, la orientación en la jurisprudencia y en la legislación. Ellas se han desarrollado en Alemania de manera muy diferente.

La conversación jurídica y la influencia mutua entre ciencia y práctica en el campo del Derecho penal muestran en Alemania la imagen de una cooperación proporcionalmente estrecha y fructífera<sup>431</sup>. Mientras que en algunos otros países los catedráticos y jueces viven más o menos en su propio mundo, y los tribunales solamente rara vez toman nota de las opiniones doctrinarias científicas, el TFA, por lo menos en sus fallos básicos, se ocupa cuidadosamente de la literatura científico-penal y no raras veces ha asumido nuevas concepciones científicas abandonando la jurisprudencia antigua. La lista de tal jurisprudencia va desde la recepción de la teoría de la culpabilidad<sup>441</sup>, pasando por la vinculación de la participación al dolo del autor<sup>442</sup> -dos sentencias que ha hecho suya también el legislador de la nueva parte general-, hasta llegar a la impunidad de la participación en una conducta que implique ponerse responsablemente en peligro a sí mismo<sup>443</sup>, al horizonte del desistimiento en la tentativa<sup>444</sup> y a las conse-

<sup>431</sup> Comp. ya antes Roxin (op. cit. en nota 2), p. 66. <sup>441</sup>

Sentencia del BGH, Colección penal, t. 2, p. 196. <sup>442</sup> Sentencia del BGH, Colección penal, t. 9, p. 370.

<sup>443</sup> «\*» Sentencia del BGH, Colección penal, t. 32, p. 262; al respecto Claus ROXIN, *NStZ* 1984, p. 410; Harro OTTO, «Selbstgefährdung und Fremdverantwortung - BGH *NJW* 1984, 1469», *Jura* 1984, p. 536; Walter STREE, «Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH *NStZ* 1984, 452-», *JuS* 1985, p. 179.

<sup>444</sup> Sentencia del BGH, Colección penal, t. 31, p. 170; al respecto Hans-Joachim Ri DOU'HI, «Rücktritt vom unbeeendeten Versuch», *NStZ* 1983, p. 361.

11 us de omiir ilustrar sobre el derecho de negarse a declarar<sup>445</sup>;

- ii. 11 il i inocaso, el TFA, de una manera hasta ahora casi inédita y en i mulo de las exigencias que yo había hecho anteriormente, inclu- ii lu finplcado en su sentencia el estado internacional de la discu- Imi. Si i'l influjo de la ciencia en la práctica es más fuerte en el Dere- 'lu í in.iu-fial que en el Derecho procesal, donde recién la jurisprudencia i i n i i ha motivado a la ciencia a profundizar la investigación, estos •i- I ir .il y; i expuesto desarrollo diferente entre el Derecho material y •I I inrho procesal. Pero, en total, la ciencia y la jurisprudencia se •in ucirrin en un vivo intercambio de opiniones que es igualmente '•.i» para ambas.

l'n iodo caso, en este campo pueden consolidarse en el futuro ION < «mínelos personales entre científicos y prácticos. Cualquiera de ..... "líos que, con motivo de conferencias o jornadas, haya discutido i mi prácticos sobre problemas penales, habrá notado cuánta riqueza i i nananciaen conocimiento puede resultar de ello. El catedrático ve i I problema más bien en el contexto de grandes relaciones; elprácti-< 11 HUIS bajo el aspecto de la peculiaridad de cada problema y bajo una ti ih iación forense y practicable. Recién de la visión conjunta de todos ' MUS modos de ver las cosas resulta frecuentemente una solución ca-I u/ de consenso, y por eso los teóricos y los prácticos deberían buscar •onversaciones científicas. El llamado Conversatorio de Derecho pe- n.il de Marburgo de 1997, con sus resultados muy valiosos<sup>191</sup> y que Inoyocó una ulterior discusión hadado un comienzo prometedor en rsir campo, que debería tener el efecto de configurar la tradición.

El campo de la orientación al legislador se encuentra en una lltuación mucho peor; nuevamente, en el futuro, este campo tiene <|uc convertirse en un principal campo de trabajo de la cienciajurídi- Il i-penal. Considero que la obra legislativa de la época de posguerra,

<sup>191</sup> Sentencia del BGH, Colección penal, t. 38, p. 214, con comentarios de Ccrhsird FK/L:K, *JR* 1992, p. 385, así como Claus Roxin, «Erstreckung des llewL'iswnvertungsverbots auf polizeiliche Vernehmungen ohne Belehmg über iliis Aii.ssugevcrweigerungsrechtl», *JZ* 1992, p. 923.

<sup>191</sup> Comp. al respecto Frank DIETMUKK, «Marburger Strafrechtsgespräch IV107", *ZSfWIO* (1998), p. 393.

con mejor contenido y una técnica legal mejor lograda en Alemania, es la nueva parte general del C. P. vigente desde 1975. Esta parte general surgió de varios esfuerzos: de un trabajo de 8 años realizado por la Gran Comisión Penal, integrada mayoritariamente por catedráticos, pero también por prácticos, la cual creó el Proyecto de 1962; de las recomendaciones dadas a continuación y durante 3 años por un grupo privado de trabajo integrado por los catedráticos que habían trabajado el Proyecto alternativo; y de un acucioso asesoramiento de la Comisión especial para la Reforma Penal que ha transformado ambos proyectos en la actual parte general. El resultado fue un compromiso, y como tal criticable<sup>1011</sup>. Pero la ley no está nada mal -también para el campo internacional- y todavía tendrá existencia durante mucho tiempo, esto último, por cierto, admitiendo nuevos desarrollos en la política criminal.

Desde entonces ninguna ley penal, siquiera cercanamente, ha sido orientada de manera tan acuciosa. Más bien, la invitación a científicos, que cuando menos en la ley de ejecución penal todavía se hacía sentir<sup>1011</sup>, ha ido disminuyendo cada vez más con la consecuencia de que hoy en día el arte de legislar en el campo del Derecho penal ha alcanzado una depresión especial. Es prototípico de ello la Sexta Ley de Reforma Penal de 1998. Desde el principio no había sido proyectada como una gran concepción nueva, sino debía eliminar deficiencias del viejo C. P., conocidas desde antiguo, mediante un gran número de modificaciones puntuales. Luego, debería ser una especie de ley reparadora, pero fue promulgada con una premura incomprensible, pese a que no había ningún motivo para tal apuro, pues las carencias que se iban a eliminar eran mayoritariamente muy antiguas y en parte, como el problema del apodramiento para terceros, ya habían aparecido con la dación del StGB de 1871. Entonces, se pudo haber tomado tranquilamente más tiempo para un asesoramiento y una reflexión concienzuda, especialmente porque el legislador, en su sensación de propia insufi-

<sup>1011</sup> Comp. solamente Jürgen BACWANX, «Kleine Streischritten zur Strafrechtsreform», Bielcfeid, 1965,

<sup>1511</sup> Comp. así Heike J[w]/Heinz Mt[i].LER-Dii-rz (edil.), «Vorschläge zum Entwurf eines StrafVollzugsgesetws», 2da. ed., Bonn-Bad Godesberg, 1974; Arthur KAVFMANN (edit.), «Die StrafVollzugsreform», Karlsruhe, 1971.

- ivi ii ;ul;i por su euforia de celeridad, ha dejado sin modificar
  - .....•• logrados como p.ej. el de lesiones con consentimiento
- lim.í'lu<sup>1</sup> ""', Lis coacciones<sup>31</sup> y también el asesinato<sup>1541</sup>.

\i|>n Ilude loque se ha convertido en ley ha creado más proble-  
ii. IM . ,jñi • ]i;i resuelto. Aquí no puedo demostrar esto punto por \ i  
impuro necesito hacerlo, pues ha sido demostrado en nume-

I ..... hl Nii.iiKkMAiR, «Körperverlet/ung mit Einwilligung und die guten •  
P'iinkiiioisverlust einer Generalklausel», Munich, 1999; Detlev<sup>1</sup> u IM \,  
'<l>jt' objektiven Schranken der Einwilligung ini Strafrecht»,  
noy

" I >' 'nfl l.i semencia del BGH (i. 92, p. 1 y ss.) se ha vuelto especialmente M i i i i l i  
l.i i ursiión de cuáles hechos deben ser subsumidos bajo el concep-llclii, < :oinp, de  
entre la literatura de la reforma, con variadas tenden-Uii MAS\ «lici § 240 StGB ist  
der Gesetzgeber gefordert», ZRP 1987, , Kiill IVirr CAI.LHÍs, «Tier strafrc-ndliche  
Nötigungstatbestand und das p. i Inlit he Gebot der Tatbestandsbestimmtheit», NJW  
1985, p. 1513; ..... 'i^ "Der BGHunddieSitzblockade», A/W1988, p. 2581;  
Heiko H. I i <li < Sii/bloi'kade einer Strafle eine Nötigung anderer mit Gewalt?», StV  
• ' Iviipi-rt SCHULZ, «Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen . liinj' dr-  
lvi-rlG», i\ S(Z1995, p. 424; Friedrich-Ghrstian SCHKUEDKR, «Die ..... ! Hii il<'i  
Nóligung und die Möglichkeiten zur Beseitigung ihrer durch " i M . HC.SI haflenen  
Lücken-, NJW 1996, p. 2627; Jürgen Woi.TER, I "iilorme Restriktion und  
Reform des Notigungstatbe standes», NStZ, i • iv

<sup>1</sup> • i «i j i > sobre la discusión en torno ala reforma sobre los tipos de homi-i • |t'i-  
Ak'xis Ai.iiKCHT, "Das Dilemma der Leitprin/ipien auf der • ..... I • • 'l'•  
di;s Mordparagrafen-, JZ 1982, p. 697; Gunther Aii/T, >Die

llkl • i',rn das Leben», ZStW 83 (1971), p. 1; Heinrich BECIXMAN^N, «Zur • ', 'Iri  
vorsiitKlichen Tötungsdelikte», GA 1981, p. 337; Albin ESEK, '•! • 11 U /i un 53. DJT»,  
1980 (al respecto, ponencias de Hans FUHRMANN y<sup>1</sup> •• I I .l ni m «DJT-Siuungsbencht  
M», Munich, 1981); Gerd Gi;iu;\, «Zur i Iniii; üiid Kc'orm der Tóttmgdelikte», JR  
1980, p. 309; Karl-Heinz GÓ.SSEL, I lü Mi i- .iiMKi'ii /ur Reform der Tötungsdelikte", DRiZ  
1980, p. 281; Burkhard IM I i |>rr die gerechte Ahndung vorsázlicher Tötung  
und über das ..... I ni.il dn l'berlegung», AÍDR 1980, p. 705; Harro Otro, «Straftaien  
gegen

I . liui", XStW83 (1971), p. 39; Hinrich RCi'iNC, «Zur Problematik des i'.M|I nL,i  
.i.unlr.s», j7. 1979, p. 617;Hein/. Zii'F, «Kriminalpolitische Überlegungen ' líi'orm der  
Tólungsdelikte usw.», en: L. H. a Würtcnberger, Berlín, |i IM



rosas publicadone<sup>8(55)</sup>. ARr<sup>(litii)</sup> habla de «una inaudita ola de sarcasmo y de ira impotente» que el legislador habría recibido de contragolpe por parte de la ciencia jurídico-penal. Pero también el TFA habl*i*; pai-a nombrar solamente un ejemplo, con ironía suavizada de la «nueva versión reconocida como poco feliz de la disposición sobre el rulx > agravado, mediante la sexta Ley de Reforma Penal»\*-<sup>''</sup> y busca ocupar a la Sala Grande para que arroje luz sobre lo oscuro de esta disposición. Esta ley no es un caso aislado, Por ejemplo, la Ley de trasplantes de 1997 limita la altruista donación de órganos entre vivos con una rigurosidad extrema que ni es objetiva ni tampoco es siquie-i ;i conforme constitucionalmente ... ¡pese alo que diga el Tribunal Constitucional!<sup>(58)</sup>.

Aquí interrumpo haciendo un resumen: en el futuro, la ciencia jurídico-penal tendrá que aconsejar al legislador de manera más intensa a lo que ha ocurrido desde las primeras dos leyes de reforma penal, si se quiere evitar una ruina de nuestra cultura penal. Las

(•«) De manera representativa mencionense aquí solamente las siguientes aposiciones panorámicas: Friedrich Di:\cKi:-n/Eberhard STKL'ENSKE/Úrsula VuuWUlrich STEI\, «Einführung i ti das 6. StrRG», Munich, 1998; Ellen Í(:Hi.L"t:nTKR(edit.), «-Bochunicr Erläutenmgen zum ti. StrRG», Francfort del Meno, 1998; Tatjana HÓKXLK, «Die wielltigsten Anderungen des Besonderen Teils des il'li durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts»,/wra 1998, p. 169; Christian AfíKR, «Die Doiikte gcgen das Lehen und die körperliche Unversehrtheit nach Icm 6. StrRG - Eiii Leiifaden für Studiurn und Praxis», *JuS* 2000, vol. 1; Claus Lui:li, «Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts», *NJW* 1998, p. 633; Hans LUH,K:H, "Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts», *JuS* 1998, p. 468; Rudolf II:M;IKK, «Die Brands til tungsdel i kte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des tffrechts», *JuS* 1998, p. 397; Cregor STACHELIN, «Das 6. Strafrechtsreformgeseu -bm Streben nach Harmonie, groBen Reformen und höherem Strafen», *SÍV*1998, . 98; tiereon WOITEHS, «Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts»,/í 1998, . 397.

<<sup>ñi</sup> Gunther AHZT, *ZStW* (1999), vol. 4. <<sup>ñ7</sup>

BGH en *NSiZ* 1999, p. 302.

<<sup>ss</sup>) BVerfG AZ 1 BvR 2181/2182/2183/98. Lamentablemente, la Primera imán» del Primer Senado tío ha admitido a trámite la queja constitucional fun-miencada convincentemente por Ulrich SCHROIH. Comp. también Ulrich \$CHR{>TH, )ie strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes»,/Z1997, p. 1151.

| ,1 IH lici icias J muy corlas, que llegan muy tarde y frecuen-.....  
""In lidien la función de servir de coartada, son tan poco  
it mi ••, i unió la concesión no vinculante de posibilidades de ex-  
•>I u <•|<>s planes legislativos. Más bien se necesita una incorpo-  
M .n i i K lona! de expertos científicos en las sesiones sobre pro-  
i il i ni no ocurrió en su momento en la Gran Comisión de Dere-  
h i ' u, il No es éste el lugar para entrar a detallar sobre la organiza-  
i u i \ |u un ipios de año, en la Jornada de Catedráticos de Derecho  
u 1 l «Ir II. illc, AR/T difundió recomendaciones constructivas con las  
<\- I MU, unos familiarizarnos<sup>91</sup>. Para mí no hay dudas de que aquí  
i un, i (;i.m Uvrea científica del futuro.

#### VI I ñ >I I I I CA CRIMINAL CIENTÍFICA

I n c.sirecha relación con ello se encuentra mi próximo y quinto  
ninl.uln para el futuro: el desarrollo más amplio e intenso de los  
•M n i |.i. . poliiico-criminales y de proyectos de reforma por la ciencia  
| ..... In n prual. Con ello, opino, no la ya tratada actuación asesora en  
| tinvn ios preparados por el legislador, sino la elaboración de concep-  
i ..... •<!(•! rforma independientes que sean presentadas al mundo de  
I u < i.ilidad para la discusión, y al legislador para motivarlo a inicia-  
•. l(nj;sl;iiivas. Si es que ello ha ocurrido muy poco hasta ahora, eso  
Un ii' i ii csi uniblemente su motivo en la concepción tradicional que ve  
Iti i .ni'i de la jurisprudencia en la interpretación y sistematización del  
i ' . 1 I i I ii i vigente y considera que la creación de nuevas leyes sería una  
i )olilica y no precisamente científica.

I Vi o esta no es una objeción convincente. Yes que la ciencia no  
•I- I ir | iromulgar leyes, sino recomendarlas. Y tampoco estas recomen-  
i Ln ii iuu-s deben basarse en pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevan-  
li'N legislativamente, sino deben desarrollar los mandatos de la Consti-  
u u ion concretándolos, es decir, especialmente el principio de Estado  
ilc I ii'ixicho y Estado Social, lp, .u.iidez absoluta de la dignidad humana,  
In importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la

^ Gunther AK/.T, *ZStW* (1999), vol. 4.

discusión internacional de reforma, lisa es una germina tarea cieilíM-ca y que solamente puede ser llevada a cabo competentemente p<>i científicos. El desarrollo científico de proyectos de reforma y de >t • > puestas de ley tiene una cierta tradición en Alemania, tradición que v; desde Franz VON LISZT y sus discípulos hasta los Proyectos Alternativa i i v< is de laposguerra\*<sup>50</sup>. Pero la ciencia penal como un lodo hasta ahora no ha hecho nunca suya esta tarea.

Es mi deseo para la ciencia jurídico-penal del futuro el que esto cambie. El motivo de esta exigencia radica *cu* que el legislador, como instancia parlamentaria, ya no está en capacidad de realizar grandes reformas legislativas, por lo menos no por su propia fuerza. Esto lo muestra la historia de la reforma penal alemana, la cual no ha ido más allá de una nueva parte general del StOB. La parte especial, e incluso el ordenamiento procesal penal, todavía descansan sobre las bases del siglo XIX. Y también la parte general del C.P. solamente ha llegado a sci' realidad gracias a circunstancias que ya he mencionado en mi programa para el futuro: a través de quince años de recomendaciones intensas y la cooperación científica, aunque sin mandato oficial, de l< »s profesores del proyecto alternativo.

Ix> que el legislador por sí solo o con ayuda de algunos pocos expertos realiza, sirve preponderan temen te para la actualización de lo cotidiano: la celeridad del proceso penal<sup>(li)</sup>, la lucha contra el terrorismo <sup>thSI</sup> y

<sup>l''''</sup> Extensamente sobre el trabajo de reforma del Derecho penal desde 1871: ROXIN (op. cit. en nota 15), § 4.

<sup>(li)</sup> A manera de ejemplo, la ley de lucha contra la criminalidad de 28-10-1994, que ha entrado en vigor el 01-12-1994, ha regulado sobre todo el proceso y uclorado de una manera nueva; más detalles al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 15), S 72. n. marg. 25, c. más ref.

<sup><'''</sup> Así, la Ley de Modificación del StPO de 14-04-1978 ha ampliado las facultades de investigación de la Policía durante el esclarecimiento de los hechos terroristas, y al mismo tiempo ha restringido los derechos de los defensores y de los inculpados; más detalles al respecto, ROXIN (op. cit. en nota 3), § 72, ñola 15, c. más ref. Comp. por lo demás también [a Ley para la lucha contra el terrorismo de 19-12-1986, vigente desde el 01-01-1987, que contiene una centralización de la persecución penal en hechos terroristas, así como la Ley de modificaciones penales de 09-06-1989, que introdujo la regulación de! "testigo de la corona» y

i i IMIII, ilidad organizada<sup>(tis)</sup>, la protección reforzada de mujeres y i, i.iinhién, la protección en el proceso penal a los testigos y n i|n'ln .idos"<sup>lii</sup>, listos son objetivos justificados en su tendencia, aun "i li i Lis i emulaciones creadas a menudo no son equilibradas. Pero n • ni 11 l,i el hálito de una obra del siglo por estos artículos. Para ello i in i. MI.ule grandes concepciones no vinculadas a partidos políticos t i | u IH n [(>s legislativos; concepciones que tienen que ser creadas • • . inii ia penal en cooperación con la criminología y el Derecho .....I •-u .ido. Ya el legislador parlamentario se ocupará por sí mismo de 1111 mi] ni . misos y recortes necesarios.

l'.nl.ili/.o esta tarea porque, en caso contrario, la crítica que he i lu í .! moderno legislador recaerá en la ciencia jurídico-penal. i IMM MI mostrar esto en un ejemplo actual. Con justicia, y frecuente- n i i .-,c ha criticado que los marcos penales de los delitos violentos mu iimv IMJON en comparación con aquellos de los delitos contra la |iiM|nrd;i(! y el patrimonio. El legislador trata de subsanar esto desde lienos años y especialmente también a través de la Sexta Ley de i • H n t. i | H-nal. l'ero solamente en algún caso se ha llegado a una arbi- 11 ti M rlevación del máximo y del mínimo de la pena<sup>l''-''</sup>. Estas rfor- n 110 han satisfecho a nadie porque carecen de unafundamentación

.....Mu sirvió igualmente para la lucha contra el terrorismo, más detalles al ' [.. i n> rn KOXIN (op. cit. en nota 3), g 72, n. marg. 19 y 21.

<sup>u</sup> 1 ,;i Ley contra la criminalidad organizada de 15-07-1992, vigente desde > I "" H'l l'l'>2, eslá dedicada a la -Lucha contra el comercio ilegal de estupefa- .....i v litros fenómenos de la criminalidad organizada»; más al respecto, ROXIN • i i II. m ñola •!), g 72, nota 22, c. más ref. Mediante la Ley fie mejora de la lucha ..... l:i criminalidad organizada de 04-05-1998, vigente desde el 09-05-1998, ha «lilii iniiidui ido, como punto culminante por ahora, el llamado -gran ataque de . m li.i.>, idHónicas»; más detalles en ROXIN (op. cit. en nota 3), §10, n. marg. 24a, i ni, is id',

<sup>liiii</sup> Mencione aquí solamente la Ley de protección de víctimas, dada el i II l' l' l'IKli y vigente desde el 01-04-1987, así como la Ley de protección de testi-. (l.idn d 30-04-1998 y vigente desde el 01-12-1998; más detalles al respecto, UIMS (op. cit. en ñola 3), § 72, n. marg. 18 y 26,

<sup>liii</sup> Comp. sobre cada una de las modificaciones del marco penal,'Claus i 11 II. ..>;is Se-chste Gesetz zur Reform des Strafrechts», *NJW* 1998, p. 634 y ss.

criminológica y dejan subsistentes numerosas imperfecciones intrasistemáticas (hago recordar solamente los delitos cualificados por el resultado). Esto se debe a que no existe una ciencia del marco penal -aparte de concepciones puntuales-. Pero un sistema científico del marco penal sería el presupuesto para un buen trabajo legislativo. Algo correspondiente es válido para otros grandes proyectos de reforma.

Entonces, la ciencia jurídica-penal se volcará de manera más fuerte hacia proyectos del futuro y para ello, haciendo una observación al margen, también educará al grupo de trabajo que contradiga la tradicional imagen del intelectual como un luchador individual y solitario, pero que abra muchas y nuevas vías de aprendizaje y conocimiento.

## VII. LA LABOR EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL

Mi sexto y último aspecto del futuro se refiere al Derecho penal supranacional. ¿Dónde y cómo surgen aquí nuevas tareas para la ciencia jurídico-penal? En un breve resumen menciono cuatro ámbitos, cuyo trabajo científico tienen para mí una urgencia diferenciada,

### 1. El desarrollo científico del Derecho internacional penal

En una época no muy lejana tendrá que elaborarse un C. P. mundial en el ámbito del Derecho internacional penal. Yes que el Tribunal Penal internacional, cuya instauración es inminente<sup>1</sup>, a largo pla-

<sup>(1)</sup> Los esfuerzos por instaurar un Tribunal Penal Internacional (por sus siglas en alemán: IStGH) (comp. Kai AMBOS, «Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Straigesetzbuch», *ZRP* 1996, p. 263; Hans-Heinrich JKSCHGCK, «Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs», en: L. H. a Nishihara, Baden-Baden, 1998, p. 437; Heribert OSTKNEJORT, «Thesen zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen», *ZRP* 1996, p. 467) han llevado a la promulgación de un estatuto de fundación, dado en Roma entre el 17 y el 18-07-1998 (reproducido en *EuGIZ* 1998, p. 618 y ss.). Más detalles sobre el IStGH, el cual tendrá su sede en La Haya: Kai AMBOS, «Der neue Internationale Strafgerichtshof - ein Überblick», *NJW* 1998, p. 3743; Ulrich ASTKNEJORTH, «Der Internationale Strafgerichtshof - ein Meilenstein in der

Entwicklung des Völkerrechts», *NJW* 1998, p. 2650; Herwig ROCHER, «Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom 1998», *A/1998*, p. 505; Carsien STAMN, «Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit - Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (ImStGH)», *EuGIZ* 1998, p. 577; Otto TUIJKER, «Der ständige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit», en: L. H. a Zipf, Heidelberg 1999, p. 493. De manera general, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», Gerhard Wuji, *ZStWiJQ* (1997), p. 808.

Pero tipos como los mencionados son elásticos e imprecisos y no resisten las exigencias de certeza que han sido internacionalmente reconocidas desde antiguo para el Derecho penal intraestatal. Ellos pueden desviar hacia un abuso político y, en tal caso, provocar más conflictos internacionales que los que impida. Por ello se explica la actual reserva de algunos países frente a tal tribunal competente para todo el mundo. Esta desconfianza solamente podrá superarse a través de la elaboración de una obra reglamentaria exacta y capaz de consenso en el Derecho internacional penal. Para la ciencia jurídico-penal, que tendrá que cooperar en este campo con el Derecho internacional público, se abre aquí un campo de trabajo completamente nuevo. Yes que los tipos delictivos no son los mismos que en el Derecho penal intraestatal, y en gran parte recién tienen que ser creados o se les debe dar contornos. También para el aspecto del procedimiento de tal Tribunal internacional tendrá que crearse una codificación.

que muchas de las objeciones que fueron hechas contra una codificación penal para toda Europa también son válidas frente a un modelo unitario no vinculante. Mucho dependería de la composición de la Comisión encargada de crear tal modelo, y mucho dependería también de los influjos políticos, en vez de los científicos. Pero sobre todo: no necesitamos tal modelo<sup>171</sup>. En las últimas décadas muchos países europeos se han provisto total o parcialmente de nuevos Códigos penales, y al hacerlo han considerado naturalmente el estado de conocimiento científico de Europa y, lo que es más importante, también el de importantes países no europeos. No me parece francamente comprensible qué conocimientos esencialmente nuevos ofrecería a los legisladores nacionales un modelo unitario, necesariamente más pobre en lo esencial frente a la riqueza de las ofertas internacionales.

Algo diferente ocurre con los esfuerzos puramente científicos, libres de influencias política, en este campo, tal como propugnan TIEDEMANN<sup>(70)</sup> y sus discípulos en Alemania, y que en parte también ya han sido puestos en movimiento. Pues si alguna vez se llevara a cabo un Código penal modelo europeo-y, como se sabe, los esfuerzos de centralización son fuertes en todos los ámbitos- por lo menos no debería ser impuesto por Bruselas, sino creado por los primeros expertos de la ciencia penal europea. Preparar tal desarrollo puede ser visto actualmente ya como tarea de la ciencia jurídico-penal. Ella podría ser un producto accesorio de la internacionalización de las ciencias penales nacionales exigida al principio, y podría constituir en cierta forma su (jiiiniacsencia.

<sup>170</sup> Otra opinión defiende Ulrich SIEBCK, «Memorandum für ein Europäisches Modellsirafgesetzbuch», *JZ* 1997, p. 378 y s., quien espera de un Código penal modelo, en todo caso, el refuerzo de la cooperación internacional.

<sup>171</sup> Comp. p. ej. Klaus TIEDEMANN, «Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee», *JZ* 1996, p. 647. Acerca de la regulación de la minoría y la participación en el Derecho penal europeo, ver Klaus TIEDEMANN, «Regelung vor der Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht», en: L. H. v. Nishihara, Baden-Baden, 1998, p. 496.

## una regulación en toda Europa

Peí o sin perjuicio de mis reservas frente a una unificación total I I ii'in'ho penal europeo, hay áreas parciales que, también según • i' (c'1 mión, tienen que ser sometidos urgentemente a una regula-•• ' i)i iinixfiotial, y en las cuales existen urgentes necesidades cien-, Noinbnuésolamenteados:

(i.) / ,jix intereses económicos financieros de la Unión Europea

KM primer lugar, los intereses científicos y financieros de la Unión l'tiiu|»'ji necesitan una especial protección penal, la cual razonable-iiti'iilr tendría que ser la misma en todos los países que pertenecen a > llti. La Unión intenta conseguir esto ya ahora, pero por vías distintas y •niihNit.s: median te disposiciones penal-administrativas<sup>171</sup> > que no tie nen i jinicler de sanciones del Derecho criminal pero que se le pare- •i li; ii través de convenios recíprocos y obligaciones en tratados de iiln inio de los miembros; mediante directivas, y mediante la exigen- •U ilc muí interpretación «favorable a Europa» de las normas penales i un li nuiles<sup>172</sup>. Kste embrollo de regulaciones y de exigencias (que, en |nii le, recién deben ser puestas en práctica por los parlamentos y tri- Imiulrs nacionales) tiene que ser reconocido por la ciencia jurídico- |iciiiil como área jurídica independiente, tiene que ser sistematizado y 11 ubiijúdo jurídicamente de manera que no solamente se le incorpore

<sup>1</sup> <<imp. Gerhard DANXI-CKKR, en: Albin Eser/Barbara Huber, •Mt. ilici Imt-iHwicklLing m Europa», Friburgo de Brisgovia, 1995, p. 83yss.; Ulrich u i-i ii, "Knmpäische Einigung und Europäisches Strafrecht», *ZStW* 103 (1991), |i 'Hi'i y ss.; Klaus TIEDEMANN, en: Dieter H. Scheuing/Karl F. Kreuzer/Ulrich " i" i (rdits.), «Die Europäisierung der Mitgliedstaathchen Rechtsordnungen (n iln l'.nropfiischen Union-, Baden-Baden, 1997, II.4.

<sup>172</sup> Más detalles al respecto Hans-Heinrich JKSCHECK, en: *LK*, Iira, ed-, l'i'i ' r'.uiliriumg, n. marg. 101; Theo VOC.I.HK, "Die strafreditliche-n Konventionen i- l-'iiru| mrais», *Jura* 1992, p. 586 y ss.; comp. también Ulrich SIL'.RF.K, -The liil'iimiional Kmergence of Criminal Information I-aw», Colonia, 1992, p. 78yss., ,IM i oino i-) panorama global sobre el Derecho penal europeo en Hans-Heinrich li'i.iin.K/Tliomas WEK;EXD, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 5ta. ed., Berlín, 1996, |. IHÜyss.



con el mismo contenido a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también sea interpretado unitariamente en la práctica de los tribunales. Aquí radica una tarca a la cual la ciencia jurídico-penal hasta ahora le ha dedicado poca atención. El así llamado Corpus Juris, que tiene por contenido tales regulaciones<sup>1731</sup>, ha sido trabajado por pocos expertos (aunque por cierto importantes), excluyendo una mayor opinión pública científica<sup>74\*</sup>, y, como ha afirmado últimamente HASSEMEn<sup>751</sup>, coloca un poco unilateralmente en primer plano los intereses de persecución penal. Aquí es necesaria una discusión mucho más amplia de toda la ciencia jurídico-penal europea, para la cual el Corpus Juris solamente puede y quiere constituir una primera propuesta.

*b) La lucha contra la criminalidad de efectos supranacionales*

Lo correspondiente rige para aquellos delitos que, debido a su forma internacional de comisión, solamente pueden ser combatidos exitosamente de manera conjunta, p. ej. la difusión de pornografía infantil y de propaganda racista en redes informáticas<sup>761</sup>, los delitos ambientales que también perjudican a países vecinos<sup>771</sup>, el terrorismo

<sup>1731</sup> El «Corpus Juris de las regulaciones penales para la protección de los intereses fundados de la Unión Europea» ha sido editado en 1998 por DKL.MA.S-MAHTV y ha sido publicado en una traducción alemana con una introducción de Ulrich SIEBER.

<sup>74\*</sup> Comp., sin embargo, el informe de Barbara HL BKR y de Guido RLK(E)BEK; sobre «Die Juristenvereinigungen zuñi Schuiz der finanziellen Interessen der Europáischen Gemeinschaft im Spiegel ihrer Tagungen 1997», en: *ZStW* 110 (1998), p. 279.

<sup>75</sup> Winfried HASSEMER, "'Corpus Juris' - Auf dem Weg zu einem europáischen Strafrechí», en: *StJ* 1999, p. 133.

<sup>76</sup> Comp. sobre los problemas criminológicos, técnicos, de Derecho material y procesal de estos delitos, Ulrich SIEBER, en: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (edits.), *Handbuch Multimedia-Recht*, Munich, 1999, parte 19; ídem, «Das Territorialitätsprinzip der § 3, 9 StGB im globalen Cyberspace», *A/W* 1999, p. 2065.

<sup>77</sup> Comp. sobre los aspectos internacionales del Derecho penal del ambiente, extensamente, Michael Ki.OEi'FKR/Hans-Peter VIKKHAI/S, *Umweltstrafrecht*, Munich, 1995, n. marg. lt>3 y ss., c. num. y más ref.

1 1 1 1 1 •nacional<sup>7M</sup> y el comercio de drogas<sup>751</sup>. Las regulaciones difren-Ic-s y una diferente intensidad en la persecución de dichos hechos, p. i | rn el campo de la evasión fiscal y de la fuga fiscal, crean también < i.isis de criminalidad» que pueden dificultar mucho o hacer imposi-I >lf una lucha nacional contra tales delitos. También en este ámbito ya •.i 1 1 1 hecho algo para la unificación, sobre todo a través del Consejo de KI i ropa. Pero la ciencia no debería dejar estos ámbitos a los políticos, Miio cooperar activamente en su unificación sobre una base europea. (Ion el tiempo se dará, entonces, un núcleo de disposiciones comunes i |i ic podría extenderse paso por paso y podría formar una semilla para un paulatino crecimiento conjunto de los ordenamientos jurídico-pc-nales europeos.

**VIII. CONCLUSIÓN**

Con ello llego al final. Mi generación fue la primera que pudo estudiar en las universidades en la época de posguerra sin el peso de la dictadura y la guerra, y que se vio colocada ante la tarea de trabajar conjuntamente con los mayores de entonces en el desarrollo de un nuevo Derecho penal y procesal penal para un Estado social y de derecho, y de recuperar para la ciencia jurídico-penal alemana su prestigio internacional. Esta generación está retirándose ahora poco a poco del escenario. Y quisiera dejar aquí abierta la cuestión de cuánto han sido alcanzados sus objetivos (porque además esto no pertenece a mi tema) . Pero como resumen lapidario para las siguientes generaciones quiero insistir en algo, aprovechando el irasfondo de mi ponencia: las tarcas que dejamos para el futuro son todavía más amplias y complicadas que las que encontramos nosotros en su momento.

<sup>TM</sup> Más detalles, George DAETWYI.KK, «Der Terrorismus und das internationale Strafrecht», Zurich, 1981.

<sup>711</sup> Comp. p. ej. Kai AMBOS, «Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien», Friburgo de Brisgovia, 1993.

# Política criminal y dogmática penal hoy en día<sup>1\*)</sup>

N. d. t.-: se publicó, bajo el título original: «Kriminalpolitik und hisdogmaúk heme», en la compilación de artículos de diversos autores «Scrafrechtssystemi und Becrug», Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, tomo de Bemd Schünemann, Herbolzheim, 2002, p. 21 y ss.

## A. INTRODUCCIÓN

El instructivo artículo anterior de SILVA SÁNCHEZ (\*\*\*) abarca, desde la perspectiva objetiva de un observador extranjero, temas principales de la actual discusión alemana sobre sistemática y dogmática del Derecho penal y la función de la pena en general. Él se esfuerza, especialmente, por ubicar el lugar que correspondería a mi concepción sobre «Política criminal y sistema de Derecho penal»<sup>(1)</sup> en el reciente debate sobre funcionalismo y pensamiento principista de la «vieja Europa»<sup>(2)</sup>,

(\*\*\*)Se refiere al artículo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ publicado en el mismo libro (ver nota anterior) bajo el título «Kriminalpolitik bei der Strafrechtsdogmatik; Einige Bemerkungen zum Inhalt und Grenzen. Zugleich ein Beitrag zu Ehren von Claus Roxin» [Política criminal en la dogmática penal: algunas observaciones sobre su contenido y límites. Al mismo tiempo, una contribución en honor a Claus Roxin], p. 1 y ss.

<sup>(1)</sup> Este es el título de mi pequeño trabajo programático de 1970, 2da. ed., 1973, el cual ha sido publicado también en español (1972), japonés (1972), inglés (1973) e italiano (1986); la traducción italiana ha sido actualizada en 1998. La problemática es tratada en su estado actual en el capítulo 7 de mi manual sobre la parte general, tomo 1, 3ra. edición, 1997 [n. d. t.: entretanto se ha publicado la 4ta. edición, Munich, 2006]. Comp. además, entre lo más reciente, Roxin, «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», L.-H. a Kaiser, 1998, p. 885 y ss. [n. d. t.: este artículo fue traducido y publicado en «Dogmática penal y política criminal», Lima, 1998, p. 23 y ss.].

<sup>(2)</sup> Este fue el tema de las conferencias de JAKOBS y LÜDURÜHEN en la Jornada de Penalistas de 1995, *ZStW* 107 (1995), p. 843 y ss., 877 y ss.; comp. al respecto también la amplia discusión que tuvo lugar en relación con las ponencias presentadas en la Jornada, ver en *ZStW* 107 (1995), p. 922 y ss., así como el artículo de



PITO las it'oríiis de la pena tampoco dej:m de (enr consecnen-cias en los presupuestos de la punibilidad, es decir, en el terreno de la dogmática penal. Yes que si la pena tiene una finalidad preventiva, para imponerla no puede ser suficiente la culpabilidad del autor por sí sola. Una pena también tiene que ser preventivamente necesaria. Pul cierto que la necesidad preventiva de punición, que según el juicio del legislador debe ser admitida, se deriva, por regla general y de una manera vinculante para el intérprete, de la ubicación de los tipos, aunque aquí también la interpretación teleológica debe considerar siempre el punto de vista de la necesidad de pena. Pero, sobre todo, la cuestión de la necesidad preventiva de punición también debe plantearse siempre en las causas de exculpación (de manera más exacta: en las causas de exclusión de la responsabilidad penal) junto con la cuestión de la culpabilidad. Cuando no exista una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención especial sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría una legitimación social y no deberá ser impuesta.

El legislador ha reconocido esto muy bien y lo ha tomado en cuenta. La exoneración de pena en los casos de los arts. 35 [estado de necesidad exculpante] y 33 [exceso de legítima defensa] del StGB solamente puede explicarse por el hecho de que, pese a la existencia de una culpabilidad, aunque muy disminuida, bajo las situaciones de necesidad allí descritas, se renuncia a imponer una pena porque al legislador no le ha parecido que sea necesaria ni por razones de prevención especial ni por prevención general<sup>19)</sup>. Más allá de esto, la idea expuesta proporciona una valiosa pauta de interpretación para los ámbitos-límite de la exclusión de responsabilidad que han sido dejados sin respuesta por el legislador o que son captados por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales: el estado de necesidad exculpante extralegal<sup>10)</sup>, la inexigibilidad como (así llamada) causa

<sup>19)</sup> A veces se discute este diagnóstico pese a que, en realidad, sea bastante claro. Acerca de la discusión con mis críticos y con una fundamentación más detallada de la posición aquí defendida, Roxiv, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», tomo I, 3ra. ed. 2007, § 19, n. marg. 3-9 [también en la 4ta. ed., ibídem].

<sup>10)</sup> ROXIN (como en nota 9), § 22, *ti.* marg. 146 y ss. [4ta. ed., ibídem].

1) Muni de la culpabilidad en la imprudencia\*<sup>11)</sup>; y también para . u n necesitados de pena debido a conflictos de conciencia<sup>1)</sup> y ti" diencia civil<sup>13)</sup>. Igualmente, la liberación de pena en el desis- i vi limitarlo solamente puede ser explicada a través de la teo- i lo', fines de la pena, es decir, por el hecho de que al legislador . 11,i parecido necesaria la pena «para evitar que el autor cometa ll n\* ni el futuro, para intimidar a otros y restablecer el ordena- n ni.. |iu idico lesionado»<sup>14)</sup>; un reconocimiento que ha tenido una . 1 un 1,1 determinante de toda la teoría del desistimiento. En otros lie tratado detalladamente todas estas tesis y puedo remitir a ||Ui explicaciones. Aquí solamente me interesa mostrar, ....., (Límente, lo extraordinariamente fructífera que es la teoría de i' i..... también para la dogmática y la sistemática del Derecho penal.

i ii i; i a conseguir soluciones satisfactorias de política criminal en incluso problemas y lleva a una concepción nueva de la categoría il. li < ni<sup>1)</sup>, i (que tradicionalmente se denomina «culpabilidad».

1) e lo expuesto resulta también la orientación reformadora de i i l i i incepción<sup>11)</sup>. Y es que la práctica, y también la ciencia orientada li i' 1.1 la práctica, ancladas en lo tradicional, tienden a quedarse lisiidasde los mandatos político-criminales de la ley y la Constitu-i mu. Pero, según mi concepción, precisamente en la elaboración de • i .is exigencias radica el progreso de la dogmática. Dado que el legis-1.n1'ii ha dejado (y necesariamente debe dejar) amplios ámbitos -so-lm> iodo en la parte general-para que sean concretados por la intér-

<sup>11)</sup> Roxix (como en nota 9), 124, n. marg. 115ys. [4ta. ed., n. marg. 122 y s.].

<sup>12)</sup> ROXIN, L.-H. a Maihofer, 1988, p. 389 y ss.; resumiendo, el mismo autor (i unió en nota 9), § 22, n. marg. 10-129 [4ta. ed., ibídem].

<sup>13)</sup> Roxix, L.-H. a Schüler-Springorum, 1993, p. 441 y ss.; resumiendo, el mismo autor, n. marg. 9, § 22, n. marg. 130-133 [4ta. ed., ibídem].

<sup>14)</sup> Sentencia del TFA, tomo 9, p. 48 y ss. (esp. 52). Más detalles al respecto y también sobre las correcciones que deben hacerse a la concepción de l(is fines de la pena del TFA, en RUXIN, L.-H. a Frías-Caballero, 1998 (Buenos Aires), p. 299 y ss.

<sup>15)</sup> SILVA SANCHE/ (ver arriba [en la compilación original citada en \*\*], p. 3) Imilla de enfatizar los «aspectos creativos» del trabajo dogmático.

pretación de la ciencia y la jurisprudencia, la dogmática üncn iuit hui posibilidades de desarrollo que no tiene p. ej. un modelo ornólo^ n, basado en supuestas leyes objetivas eternas, o un modelo de icoiiri sistémica que describe el *status quo*.

Pero allí donde los objetivos legales no permitan la reali/a.....i de lo que haya sido reconocido por la política criminal como con <Tl(H y deseable, debe ofrecerse al legislador lo no realizado de legclaia cu forma de proyecto de reforma. Esto explica mi trabajo y colaboraré ni en numerosos proyectos alternativos. Esta actividad política de rclm ma me ha acompañado desde el principio hasta el final de mi labor activa como catedrático, y para mise sobreentiende como parte nece\* saria del trabajo científico del jurista.

Todavía quiero mencionar otro aspecto más. Una dogmálicu orientada en la política criminal, tai como he esbozado hasta ahora solamente para el campo de la teoría de la pena, si bien tiene que satisfacer las necesidades de la prevención general, no debe olvidar, sin embargo, la situación concreta y la individualidad del autor. El legislador alemán toma en cuenta -algo que no hacen todas las legislaciones pero que se corresponde con la autocomprensión liberal de nuestra Constitución- las situaciones personales especiales, tal como lo muestran el art. 33 StGB y la regulación muy diferenciada del art. 35. El hecho de que no puedan desatenderse por completo otras elaboraciones peculiares basadas en el análisis del autor (tales como los hechos de conciencia personalísimos o las infracciones que un ciudadano cometa para conseguir el bienestar general), no es explicable ciertamente, de manera directa, a partir del Código penal alemán, pero sí a partir de nuestros derechos fundamentales (arts. 4, 5 y 8 GG), cuya integración en el potencial penal para la solución de problemas también forma parte de las tareas prioritarias de una dogmática penal orientada político-criminalmente<sup>(iii)</sup>. V también en los delitos culposos, cuando

<sup>(iii)</sup> Comp. p. ej. mis trabajos mencionados en las notas 12 y 13, así coma numerosos trabajos de mi discípulo WOLTKK, p. ej. su contribución en: Schünemann/Figueiredo Dias (edits.), «Bausteine des europáischen Strai'rechts», 1995, p. 3yss.

i MI in'iiiiicn c-n el límite de la necesidad de pena, puede i ii 11ii-nUi la individualidad del caso a través de unaaplica-u< 1,111,i de la causa de exculpación de lainexigibilidad, sin .1 Ins | urceprios de nuestro ordenamiento jurídico.

### i i |.liuik«snni<Mito de la teoría de sistemas

• . .1, i, 'i a la concepción aquí esbozada, en lo referente a los n Mi 1.1 iriiría de los fines de la pena, con el planteamiento n i un. lotialisia que ha encontrado en la teoría de JAKOBS<sup>(17)</sup> su H.HII. . ule manifestación (y que también es empleado por SILVA 1111.1 y i>t r,\ ve/ para ilustrar y delimitar su exposición), se pue-• mili i nía coincidencia de ambas concepciones en el punto de ||i|.i iiiiialivoy en su rechazo, vinculado con lo anterior, a todos i «i, i /os por fundamentar el sistema penal en leyes ontológicas: i ilii } ;iiuú< a penal ontologizante se derrumba; y ello ocurre de una 11111 ir 1111 más profunda de lo que alguna vez hubiera podido ser ttil niriucnte cimentada». En su lugar debe ponerse el acento i. u <• 11 la dogmática penal-«en la tarea del Derecho penal»<sup>(18)</sup>. I Vi i» las coincidencias de principio no llegan mucho más lejos. tu MI 11 < i mocido.JAKOBS defiende una «teoría de la prevención ge-ii i il |iosiiiva»<sup>(iii)</sup>, según la cual la tarea esencial déla penaydelDere-•> | .1 i iiii consistiría en la estabilización social que conserve el sistema • ile |;i «práctica de fidelidad jurídica». Al principio esto fue • ululo cu el sentido de que se habría referido a un influjo real, -i> i.il sii oló^ico, en la consciencia general. Pero, entretanto, JAKÜBS l. n, n l<> que eso no es así, sino que la pena porta consigo su propia l independientemente de cualquier efecto empírico<sup><yi></sup>: «El

<sup>(iii)</sup> Me remito aquí solamente a la Parte General de JAK.OHS (2da. ed., 1991) i .1 1, i 1

'tiic exposcn re

Ambas citas provienen del prefacio a la primera edición del Manual de

1-( i'i'tiic exposición resumida de su doctrina en ZSMV107 (1993), p. 843 y ss. el Manual de

(ii)

| .1 .HIS.

<l«) JAKOBS (como en nota 17), p. 6 y ss. (10)

JAKOBS, ZSW107 (1995), p. 844y's.

hilítiii frú»iniily ili)jiti.'ili(ljj)ciiiiM Iniy i'n li

rendimiento del Derecho penal consiste en contradecir, por su parte, la contradicción que se haga a las normas determinantes de la identidad social». La pena «no solamente (sería) un medio para preservar la identidad social, sino constituye ya esta preservación misma». El restablecimiento de la identidad social no sería consecuencia de la punición, sino su significado. Por ello las investigaciones empíricas sobre la prevención general positiva estarían «siempre un poco fuera de lugar», pues su resultado final no importaría. Esto se corresponde con una teoría absoluta en el sentido de KANT y HEGEL<sup>21</sup>; sin embargo, su importancia libre de empirismo radica en la autoafirmación social y no en honrar al delincuente como «razonable». PWPE ha hablado aquí de una «circularidad del planteamiento de la teoría sistémica» porque las instituciones y dogmas que se quieren justificar por el hecho de estabilizar el sistema constituyen, precisamente, el sistema.

Un planteamiento como ese se ubica por encima de una concepción que ve su tarea dogmática en la realización de las ideas rectoras de un Estado liberal y social de Derecho. Tiene un contenido indiferente y abierto<sup>22</sup>: «... la perspectiva funcional no se sujeta a ningún modelo determinado ... Quien solamente sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su configuración concreta». «Bajo una perspectiva funcionalista» solamente interesa «la fuerza autoconscruvadora» del sistema. Entonces, la función de la pena y la dogmática sería independiente de la Constitución y legislación concretas, y puede vincularse, de igual manera, con un sistema social liberal, colectivista o totalitario. Cualquiera de ellos puede ser estabilizado por el Derecho penal, si bien de diferente manera.

Con ello la sistemática y la dogmática pierden en gran medida su fundamentación teórica-penal basada en los fines de la pena de un Estado social y liberal de Derecho, porque la única finalidad de la pena pasa a ser la afirmación de un sistema no vinculado a ningún contenido determinado. Pero no pasa lo mismo con la «dogmática real» de

<sup>21</sup> Así también PITIK, *ZStW* 17 (1995), p. 925 (aquí también es pertinente la próxima cita) y SCHÜNEMANN, *ibídem*, p. 926-

<-> FUTE, *ZStW* 17 (1995), p. 853.

l' • ni<sup>1</sup>, Y rs que él, naturalmente, tampoco debe ni quiere interpretar MI o I )<Techo penal sobre la base de cualquier sistema, sino a partir ti. Lis dualidades previas de la legislación alemana de nuestro üem-I". "11. Ksio lo lleva, muchas veces, a tomar el mismo camino que yo 1 1 >n ni. Así, él explica p. ej. el estado de necesidad exculpante (art. 35 U) y el exceso de legítima defensa {art. 33 StGB) casi de la misma ni inri a y con los mismos resultados que yo<sup>(24)</sup>. Y es que también para | 1 1 IHS desaparece la necesidad de una punición «cuando sea posible i -i i .1 Un ma de procesar la defraudación de expectativas»; y esto ocurre li >s estados de necesidad dentro del marco de la exculpación con-• i ilnl;i por la ley. Luego, JAKOBS ve de manera más aguda que la doctri-1 1. 1 1 1 nl.ivia preponderante en la actualidad, en qué medida los puntos tlr visUi de la necesidad preventiva de punición participan en las lla-n 1,1. Lis causas de exculpación.

No obstante, todavía queda la reserva de que en JAKOBS todo es i ,10 desde la perspectiva del sistema dominante en un momento de-i-Huinado. Por ello, la teoría de JAKOBS también carece del elemento I i<l 1 1 ii o-criminal reformador, su lugar es ocupado por la descripción i 1 1 malí/adora de cada uno de los contextos. Con frecuencia se criti-i ,i i-sln apasionadamente<sup>155'</sup>, y JAK.OBS mismo dice<sup>(26)</sup>: «Probablemente • i.i descripción despiadada, esta exclusión de una utopía, seaprácú-i .mu-lile lo más escandaloso de toda la teoría funcional». Ahora bien, rl 1 1 , (bajar comprometidamente en mejorar las relaciones sociales so-

<sup>(iii)</sup> Comp. el prefacio de la primera edición de su Manual, donde JAKOBS Mi-iiciona como su objetivo "la sistematización ... óptima del Derecho penal vi-iv nir, . y promete dar solamente recomendaciones practicables para la solución

lilcmas.

"-M> Comp. solamente «Schuld und Prävention», 1976, p. 20 y ss., donde se nru,il,m una y otra vez los paralelismos en las propuestas de solución.

<sup>ias</sup> Así, SCHÜNEMANN (*GA* 1995, p. 203) dice que la concepción de JAKOBS ili' embocaría «en una capitulación ante la práctica política que domina aactual-mi'iitr en la legislación y la jurisprudencia», FABIUUVS («Was ein Lehrbuch lehrt,..»), i'i'IM, p. 111) resume su crítica al funcionalismo en la frase: "La resistencia legítima In-iii e -, \ ]MU>HS está en que éste invierte normativamente sus expresiones sobre el Imii ionamiento del sistema; es decir, pasa de un conocer a un reconocer», <ai> jAKOBS (como en nota 20), p. 867.

bre la base de valoraciones de un Estado social de Derecho, no tienen por qué ser equiparadas a una utopía. Con justicia opina BIRNSTALLER<sup>(a7)</sup> que JAKOBS, desde su posición, tendría que renunciar a «decir cómo debería ser configurado el Derecho penal». Como «descripción de un estado del ser» quizás pueda «la concepción de Jakob, en principio, ser grandemente satisfactoria. No obstante, para la solución de problemas concretos esta concepción no es suficiente debido a su enorme grado de abstracción...».

Y todavía queda la objeción, vinculada con lo anteriormente anotado, de que se evita cualquier expresión de contenido sobre las bondades de uno u otro sistema. Así, JAKOBS opina que el mandato jurídico de que uno tendría que respetar a otro como persona «sí que puede compatibilizar con la perspectiva funcional, si bien siguen siendo posibles también otras perspectivas» (lo que es luego demostrado por él con el ejemplo de la esclavitud en la época colonial americana y en los tiradores del muro de Berlín en la antigua RDA)<sup>(y8)</sup>. Comparado con ello, la política criminal que yo persigo y que he hecho dogmáticamente fructífera, se basa en contenidos concretos de la Ilustración de la «vieja Europa», en tanto estos hayan encontrado cabida en el ordenamiento valorativo de la Constitución y de nuestra legislación penal. Entonces, yo no puedo seguir al funcionalismo en la medida en que éste, más allá de un pensamiento político-criminal, final-racional, basado en un Estado social de Derecho, se presente como una pura teoría sistémica que haga abstracción de todo contenido<sup>1-91</sup>.

## C. ELEMENTOS LIMITADORES DE LA PENA SEGÚN LA POLÍTICA CRIMINAL

### I. Mi propia posición

Según la situación actual del Derecho y de la Constitución, la Política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio,

<sup>(a7)</sup> BIRNSTALLER, *ZStW* (1995), p. 925. <sup>laft</sup>

JAKOBS (como en nota 20), p. 854 y s.

<sup>a>9)</sup> No es tema de este artículo, referido más a esclarecer mi propia posición, un análisis crítico de la capacidad de rendimiento para el Derecho penal

ntitni oinhatirlacon medios de un Estado de Derecho. Como ya se ha niiiido ;il principio, también forman parte de la Política criminal iii|">iH'iués limitadores de la intervención, y estos tienen que ser 11< i luis dogmáticamente fructíferos de igual manera que sus objetivos 1" < vnilivos<sup>111</sup>". En el marco de la concepción que yo defiendo esto .....<• <le cinco maneras, tal como se puede esbozar aquí de manera |tinximnda.

KM primer lugar, para la categoría del tipo el principio «nullum i i uncu sine lege» constituye un punto de vista rector de la interpreta- i n u i y sistematización que tiene considerables consecuencias no sola- 11 n ule en la interpretación de cada uno de los elementos típicos, sino i Hnliiói en la diferenciación entre delitos de acción y delitos de in- 11 . u i ion del deber, así como también en las teorías de la omisión, la "noria, la participación delictiva y el dolo. Esto ya lo he expuesto de in,mci ;linas detallada en «Ki'iminalpolitiktmDStiafrechtssystem»<sup>^11</sup>.

l'n segundo lugar, la teoría de la imputación objetiva constituye un medio apropiado, por Política criminal, para delimitar el tipo, sobre Il κ k< 11 •! i los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones), cuyo tenor III iii <>, no estructurado por otros elementos, recién puede encontrar la MMncdón adecuada a través de la teoría de la imputación. Según ello, iinii ;icdón de homicidio no es simplemente la producción causal o final i Ir un resultado de muerte, sino la creación y realización de un riesgo un [MTimiido para la vida dentro del ámbito del tipo. Mis «Gedanken /i n l'roblematikder 7-urechnung im Strafrecht» [Reflexiones sobre la |n i >l IU'mática de la imputación en el Derecho penal]<sup>(3<J)</sup>, que han con-

i|r lns( urstionamietitossisiémicos. Pero véase la crítica objetiva a la «reformulación ni.....>-sisiémica del Derecho penal» de Jakohs en STÜIMNGER, «Kridschc- Justiz», l'P'Ü), p. 33 y ss. Este autor llega a la conclusión (p. 42): «La sociología teórico- Mslviiiiru no es apropiada ... para una base suficiente de legitimación del Dere- i lio penal»,

" SILVA SÁNCHEZ (ver arriba, p. 10 [en el texto original citado en \*\*]) M-i itimcr acertadamente esta intención y la destaca. <sup>IS"</sup> RUXIN (como en nota 4), p. 16 y s.

<sup>(iai)</sup> ROXIN, primeramente en el L.-H. a Honig, 1970, p. 133 y ss. Luego en ' . u. \licdilliche Grundlagenprobleme», 1973, p. 123 y ss.

tribuido al renacimiento de la teoría de la imputación objetiva y su posterior marcha triunfal en la dogmática alemana, fueron para mí, desde el principio, parte de un programa político-criminal y normativo contrario a los proyectos sistemáticos oncológicos, hacia los cuales había dirigido mi «Kritik der finalen Handlungslehre» [Crítica a la teoría final de la acción]<sup>(33)</sup>. Al mismo tiempo, con ello se estructura el tipo a partir de la tarea del Derecho penal para preservar al individuo y a la sociedad de riesgos insostenibles por política social<sup>\*34</sup>.

En tercer lugar, para mí, en las causas de justificación, se trata de elaborar principios ordenadores sociales con cuya ayuda puedan solucionarse, de la manera más ventajosa posible para los individuos participantes y el bienestar general, las colisiones de intereses constitutivas de toda causa de justificación<sup>311</sup>. Sí bien esto constituye una tarea de política social porque las causas de justificación rigen más allá (!<•! Derecho penal, no obstante también tiene un carácter político-\* i mim.il rn tanto se trate con ello de la impunidad o punibilidad de rondín las lógicas. Luego, en dicha medida la tarea de las causas de justificación es la de limitar objetivamente la punibilidad de las realizaciones <ld upo.

En cuarto lugar, en el nivel delictivo de la responsabilidad, el principio de culpabilidad constituye el instrumento político-criminal ni.i.s mporlanlc de la limitación penal. Ciertamente, la culpabilidad i. ni 11 lien aclía simultáneamente fundamentando la pena, puesto que < I M puede imponerse una pena si ella no estuviera presente, así como tampoco la pena puede ir más allá de su medida. Pero la tarea de la pena es igualmente preventiva, pues ella no debe retribuir sino impedir la comisión de futuros delitos. En cambio, la culpabilidad, por

<sup>(M)</sup> RoxiN, ZSIW74, (1962), p. 515 y ss. Después también en «Strafrechtliche Grundlagenprofoleme», 1973, p. 72 y ss.

<sup>11</sup> Al respecto roas detalles en mi trabajo «Zur kriminalpolitischen Fundicrung ...» (ver arriba, nota 1),

<sup>(SB)</sup> Comp. al respecto en la nota 4, p. 24 y ss.; «Strafrecht. Allgemeiner Teil», tomo I, § 7, n. marg. 62-64; § 14, n. marg. 41 [4ta. ed., § 7, n. marg. 68-70; § 14, n. marg. 42].

El Derecho criminal, solamente tiene la función de limitar, en aras de la libertad de los individuos, la magnitud en la cual puedan perseguirse ciertos delitos preventivos. De esto resulta, por política criminal, aquel principio de la doble limitación que caracteriza mi sistematización de la imputación de la responsabilidad: la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva, pero tampoco puede haber pena sin culpabilidad o más allá de la medida de ésta. La pena de culpabilidad dada a través de lo preventivamente indispensable; la pena limitada a través del principio de culpabilidad. En último, en quinto lugar, también los derechos fundamentales influyen en la necesidad de pena y, en el marco de lo previsible, también tolerable, excluir la punibilidad. Ellos, en este caso, surgen del electo de causas de responsabilidad excluida. Esto ya lo he tratado de explicar para los hechos de conciencia y la desobediencia civil. Inmundo como ejemplo los arts. 4, 5 y 8 de la Ley Fundamental alemana<sup>111</sup> I respectivamente: libertad de creencias y de conciencia, libertad de expresión, libertad de reunirse y asociarse]. La integración de los derechos fundamentales en el sistema penal, que se quiere demostrar aquí, constituye una de las tareas de política criminal más descuidada hasta ahora por la ciencia penal,

En definitiva, resulta, entonces, que una dogmática penal fundada en una política criminal no solamente es una «ciencia limitadora de la pena», aunque sí lo sea en lo esencial<sup>(37)</sup>.

## II. LA DOGMÁTICA TEÓRICO-SISTÉMICA Y LIMITACIÓN DE PENA

Inmundo JAKOBS otorga a la pena la importancia de restablecer la libertad social (comp. arriba p. 29<sup>(\*\*\*></sup>), dada impresión de que con ella perdería la tarea limitadora de la pena del trabajo dogmático. Inmundo también ha observado<sup>381</sup> que él no podría encontrar en JAKOBS

<sup>(NH)</sup> Comp. las refs. al respecto arriba en las notas 12 y 13.

<sup>111</sup> Tal como dice VOKMKAUM, ZSIW107 (1995), p. 734 y ss. (746),

<sup>\*\*\*></sup> Se refiere al texto original; ver aquí, en B, cap. II

<sup>381</sup> NAUCKV: [traducción libre de la cita], ZSIW107 (1995), p. 927.

pero también entre el deber-ser y el ser<sup>(1)</sup>. En el marco de este artículo no es posible retomar la temática en toda su extensión, Pero sí parece razonable -también como respuesta simultánea a algunas de las cuestiones planteadas por SILVA SÁNCHEZ- explicar nuevamente posición y delimitarla de otras concepciones.

Mi punto de partida es, tal como SILVA SÁNCHEZ correctamente dice, el esfuerzo por «construir la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal» (ver arriba, p. 1). Los objetivos finales que guían el sistema en su totalidad ya la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas deben ser, entonces, de tipo político-criminal. En esto entiendo yo bajo política criminal, a diferencia de p. ej. Litschke<sup>(4)</sup>, no solamente la elección de las sanciones preventivo-especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones. Luego, también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como la frase del «nullum crimen» o el principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política criminal de un Estado de Derecho. A continuación quiero esbozar, tomando algunos aspectos que me parecen especialmente importantes (y discutiendo sobre todo con la concepción teórica sistémica), cómo influye en el trabajo dogmático un pensamiento que estructure la materia jurídica bajo el punto de vista guía de tales valoraciones.

## B. LA IMPORTANCIA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA MI

### 1. propia posición

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad (algo que nadie puede negar seria-

.SILVA SÁNCHEZ (GA, 1995, p. 201 y ss.), quien analiza críticamente la alternativa propuesta, crítica con la cual coincido ampliamente en cuanto a su tendencia. <sup>(1)</sup> Comp. al respecto MÜCCIA, "Il Diritto penale tra essere e valore", 1992.

<sup>(4)</sup> Comp. con más detalles, ROXIN, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2da.ed., 1973, p. 1 y ss., 45ys.

independientemente, las teorías de la pena determinan las vías por las que se alcanza este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De hecho, la pena penal de la prevención que pone en relación la conducta del delincuente con el bien jurídico que se pretende proteger (y que puede perseguirse ambas posibilidades de influencia de la pena por sus resultados), de una manera que, según los principios del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor. En otro lugar he tratado cómo concibo tal síntesis; y ahí puedo remitir ahora<sup>151</sup>.

• Lux» que tal teoría preventiva de la unión tiene su esencia en el sistema sancionador y de ejecución penal. Así, p. ej. el compromiso de la idea de la reparación<sup>151</sup> se explica por el hecho de que la pena de la reparación voluntaria en el sistema sancionador, en caso de delitos de poca y mediana gravedad, vincula de manera feliz los delitos preventivo-especiales y generales con la satisfacción del delincuente y de la víctima. Algo parecido ocurre con mis esfuerzos legislativos en los últimos años con la ejecución penal<sup>151</sup>. No solamente la fijación legal de la pena en el art. 4º, primer párrafo, 2da. oración del StGB y el art. 2º del StVollzG demuestran lo poco que una teoría penal socialmente responsable puede renunciar al principio de la prevención especial, un principio que momentáneamente merece muy poca atención. También el Tribunal Constitucional alemán hace poco, tomando como ejemplo la remuneración a los presos, exigida expresamente en el Art. 1º del Grundgesetz, lo ha vinculado nuevamente<sup>151</sup> y de manera impresionante a mi teoría («institución».

el viejo principio «de que en el Derecho penal se [Talaría de la rcl:i ción entre poder esLatal y libertad individual». Esta sería la cuestión fie principio por la cual él estaría en contra del funcionalismo.

En esto hay mucho de cierto, y mi propia posición arriba expuesta, con su persistencia en la tensión y compensación entre intereses de intervención y de libertad, se sitúa en la tradición del pensamiento principista de la vieja Europa, mientras que el enfoque teórico-sistémico acentúa unilateralmente el interés social estabilizador, de tal manera que los derechos de libertad que se vuelvan contra el «poder» tengan que ser vistos realmente como factores perturbadores.

Pero, de manera similar que para las deducciones de la teoría de la pena, esto rige solamente para aquel mayor nivel de abstracción de la teoría teórico-sistémica que todavía no se ha vinculado a ningún contenido. En la labor dogmática referida al Derecho penal vigente, JAKOBS quiere explicar el Derecho de nuestra sociedad liberal, y allí también juega un papel el sujeto libre en la medida en que «la autodescripción de la sociedad lo determine»<sup>(39)</sup>. Luego, también JAKOBS renuncia a la imputación cuando el sistema lo quiere (en caso de un «ajuste social de la comunicación a ciudadanos libres»<sup>(40)</sup>) y las condiciones existenciales de la sociedad lo permitan. De esa manera JAKOBS llega, no pocas veces, a soluciones que coinciden ampliamente con mis propuestas<sup>(41)</sup> \ p. ej, cuando JAKOBS disculpa el hecho de consciencia en tanto el «déficit de socialización» que, según la perspectiva teórico-sistémica se presentaría en el autor, «pueda ser explicado, dejando de lado al autor, sin perjuicios para el ordenamiento jurídico». También en la imputación objetiva, la búsqueda de otras posibilidades explicativas y las "Competencias» demuestran ser un enfoque fructífero para la exclusión de la imputación<sup>(42)</sup>,

Política criminal y dogmática penal hoy en día

<sup>TM</sup> JAKOBS (como en la nota 20), p. 850.

<sup><40</sup> JAKOBS (como en la nota 20), p. 898.

<sup>m</sup> Algo que el mismo JAKOBS señala, p. ej. en la nota 19, cap. 20, n. marg. 22,

<sup>m-1</sup> Aun cuando uno no pueda concordar con la teoría social sistémica como fundamento de) Derecho penal ni con sus teorías generales, esto no cambia para nada el hecho de que JAMMIS sea uno de nuestros más grandes dogmas ti-

54

<sup>m</sup> Últimamente en § 3 de mi manual sobre la parte general, tomo 1, 3ra. ed. [1997] (1998, ibídem); Finalidad y justificación de la pena y de las medidas de seguridad.

<sup>mm</sup> Comp., entre mis numerosos trabajos pertinentes, solamente Roxin, «Die Wiederherstellung im System der Strafzwecke», en: Schöch (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 37 y ss.

<sup>171</sup> He trabajado en la elaboración conjunta del «Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes» (AE-StVbllzG) [Proyecto Alternativo de Código de Ejecución Penal] de 1973.

La limitación con la concepción aquí perseguida radica, por cierto, en la limitación en cuanto a la limitación penal, en que JAKOBS hace de cada uno de los contextos la decisión a favor de los principios liberales y de Estado de Derecho. «Cuando una sociedad derive hacia una disminución de libertades, lo hará no en el Derecho penal ... El que se trate con ello de una limitación innecesaria o de una defensa necesaria de un sujeto, solamente podrá dilucidarse en la política, no en la ciencia jurídica». Aquí se destaca claramente el punto diferenciador, y es que se oriente en los presupuestos político-jurídicos de la Constitución (derechos fundamentales y humanos, Estado de derecho y un principio de culpabilidad) tendrá que defender estos principios como principio dominante en el momento dado, en vez de adaptarse a la corriente política predominante del momento<sup>(44)</sup>.

Como se ha analizado, con la mayor frecuencia, tomando el postulado de que el principio de culpabilidad sea absorbido por la prevención general<sup>(45)</sup>: «La autonomía es atribuida como capacidad de acción, y solamente puede faltar cuando exista una imposibilidad de procesar los conflictos de otra manera». «No se trata de un principio que el delincuente, según la opinión generalizada, haya perdido, sino de lo necesario para mantener la confianza»-lo que, un principio, puede ser definido, según las circunstancias, de manera diferente por las instancias políticas dominantes. Yo he objetado a la manera de la vieja Europa, invocando a KANT<sup>(46)</sup>, que tal

como medida, ocurre con él algo parecido que con su maestro y antípoda *Wittgenstein*: quien considere como fracasado el intento de apoyar el sistema penal en el principio de la acción final, tendrá de todas maneras que reconocer a WELZEL u... uno de los dogmas penales más importantes e influyentes.

<sup>(45)</sup> JAKOBS (como en la nota 20), p. 855. "Algo que SchÜxtMANN denomina «decisionismo enmascarado»; ver *GA*

[i. 201, 217 y ss.

<sup>mm</sup> Por primera vez expuesto por JAKOBS, y que sentó las bases de su teoría en *Si huld und Irávenüon*, 1976. Las citas que vienen se encuentran allí en las páginas 17 y 33.

<sup>(46)</sup> ROXIN, *SclaaZSír* 104 (1987), p. 356 y ss, (365). Esta redefinición preventiva del principio de culpabilidad, que desemboca en el abandono de éste, tañí-

Política criminal y dogmática penal [my cu <li:]

instrumentalización del individuo, su empleo solamente como instrumento de intereses sociales de estabilización, atentaría contra la dignidad humana y, por ello, también se vería expuesto a reservas de Derecho constitucional. A esto JAKOBS replica<sup>47</sup> que la observación de la instrumentalización desconocería que «solamente se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; la descripción no funcionaliza, sino devela instrumentalizaciones existentes desde hace mucho». Esto es consecuente, pero nuevamente muestra el punto que separa una dogmática orientada en pautas valorativas y un funcionalismo teórico-sistémico. Cuando la práctica, en efecto, impute, sin considerar el hecho real culpabilidad, por doquier allí donde crea ver una necesidad social de pena, la dogmática tiene que persistir en que la culpabilidad (en el sentido de un actuar injusto pese a una aseguibilidad normativa<sup>(4H)</sup>), en aras de preservar la libertad, coloca un límite a todos los objetivos preventivos, que esto lo exigen tanto la ley como la Constitución, y que tiene que ser corregida toda práctica que se aparte de esto en vez de ser meramente descrita -y ello, además, con un estilo afirmativo-

Luego, también en la limitación de la pena, pese a convergir o proporcionar soluciones similares ante una serie de problemas prácticos {debido a la importancia que tiene, para ambas concepciones, lo preventivamente indispensable), una dogmática orientada racionalmente en finalidades y en los principios rectores de política criminal del ordenamiento jurídico se encuentra más cerca del «pensamiento principista», nutrido por las posiciones continuadoras de la ilustración, que un sistema fundacionalista teórico-sistémico.

D. LA IMPORTANCIA DE LOS OBJETOS

Otro punto de discusión en el moderno Derecho penal, al cual SILVA SÁNCHEZ, con toda justicia, dedica su atención (ver arriba, p. 16 y bien ha encontrado una amplia crítica; comp. así las refs. en ROXIN «Strafrecht Allgemeiner Teil», tomo I, § 19, n. marg. 34, nota 77 [4ta. ed., ibídca, nota 81], <<sup>47</sup>> JAKOBS, «Das Schuldprinzip», 1993, p. 30.

<sup>(48)</sup> Más detalles al respecto en Roxrs (como en la nota 9), § 19, n. marg. 36 yss. [4ta. ed. ídem]

56

u/ y dogmática (icnal lioy cu din

i.....il U-<lt> original]), radica en la importancia que corresponde - 11 ipii [sino en U dogmática penal. Yo siempre he defendido.....i Ir que la dogmática penal tendría que desarrollar en la i -"li. .1 Lis paulas valorativas rectoras que deban extraerse de • •i i .ni i u joíi, y que los resultados concretos recién saldrían a n |> n la materia jurídica, la cual, a su vez, les daría forma > -i i y.i.lci tuidíi al sustrato. En mi libro sobre «Autoría y domi-i. 111. . I ID-' "" be n alado de ejecutar este método (invocando, entre i l h 1.11 y [i Nírolai HARTMANN), por primera vez, de manera i- • . 11.1. i ni/;ulo allí la «resistencia del objeto»<sup>1501</sup> precisamente .ni. i iudiucierlo en cuanto al contenido». i i i mu r[« ion tc-órico-sistémica se encuentra en oposición i. n .1 u u- mriodoal desacredítar como «natura Usmo» cuakmier . i I.M-iii] ni ico<sup>(n1)</sup> y al no reconocer datos previos que propor-. 'ii. niiU'MÍdo concreto a las valoraciones deducidas de lasne-d „l. •. i. ilrs de estabilización o que puedan estorbar a estas valo-i IM pninente ejemplo de ello es el ya mencionado concep-i iMi|iiii,il>il|<;id, para la cual, según la concepción funcional de

• .....poila la constitución síquica del autor, sino solamente M ni iiu iitu según las necesidades de preservación del sistema que ni |ioi preponderantes. En este marco no es posible demostrar ili n i, inri [i completa, los puntos divergentes que resultan de ello n 1.. i u.il liinbiéne podría tratar la cuestión de en qué medida es i . 11 H >sil (Ir limpiar de elementos descriptivos los conceptos pena-

> i n principio ocurre, en todo caso, que la concepción aquí practicada UHXIN, 1963, 7ma. ed. 1999 (sobre la fundación en teoría, ibídem, i ITVaducción al español por Cuello Contreras y Serrano González de ••AuK'iiii y dominio del hecho en Derecho penal», 7ma. ed., Madrid, r .l. lyss,!

"" lí. IXIN; «Täterschaft und T. u herrschaft», p. 633 y ss. [en la versión española ..... .1 .uiKTÍor), p. 576 y ss.]

" Si ihi o i-l empleo de los conceptos «naturalismo» y «naturalístico» como i . p.il.iiiiis» cu la «actual discusión de la ciencia penal», comp. PUPPE, GA ""Mí y ss.

. "" ( :<unp. al respecto SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 219.

57



ücada (que SCHÜNEMANN<sup>(53)</sup> denomina «dualista») considera lo empírico, «pero naturalmente lo juzga siempre desde una perspectiva normativa», y que en ello consiste «la diferencia central e infranqueable en relación con la concepción de JAKOBS»<sup>(54)</sup>,

Aquí solamente se va a esbozar, con ayuda de algunos ejemplos, la forma cómo lo empírico influye en la labor dogmática<sup>(55)</sup>.

### I. La limitación de la atribución a través de los hechos

Para comenzar, la mera facticidad puede impedir una atribución, por más deseable que ésta sea. Esto suena trivial, pero todavía necesita ser enfatizado pues es cuestionado -p. ej. por la dogmática teórico-sistémica- y porque incluso el Tribunal Federal alemán (en adelante: TFA) a veces se ha apartado de esta comprensión. Quiero aclarar esto a través de dos conocidas sentencias. En el muy citado caso del heredero de la finca (sentencia del BGH, colección penal, tomo 37, p. 214)<sup>(56)</sup>, un campesino había querido hacer matar a su hijo contratando a un asesino a sueldo. Pero este

<sup>(53)</sup> SCHC.\EMAX\, *ZStWW* (1995), p. 926; aquí también las citas que conti-

<sup>(54)</sup> Comp. sobre esta problemática, resumiendo, ROXIN (como en la nota 9), § 7, n. marg. 83/84 [4ta. edición, § 7, n. marg. 89 y s.]. Además, en especial, SCHÜNEMANN, en Sebünemann/Figueiredo Días (como en la nota 16), p. 157 y ss.; el mismo autor (como en la nota 52), p. 219 y s. SILVA SANCHE/ (ver arriba [el texto citado en \*\*], p. 11) ve correctamente que las divergencias entre las concepciones político-criminal y teórico-sistémica «más que con la verdadera funcionalización ... tienen que ver con los límites de ésta». SILVA SÁ. VCHK/ también expone tendencialmente que ya el entendimiento de la realidad por sí mismo está cod e terminado por premisas normativas.

(s.->) En este campo radican los puntos de contacto con la concepción finalista. Comp. al respecto, entre lo más reciente, el libro de KLITCK sobre «Die Grenzen normativer Strafrechtsdogmatik», 1990. Un trabajo amplio y acabado del tema tendría que considerar el libro, todavía no bien explotado, de LIDKRWÍKN sobre «Erfahrung als Requisite», 1977.

<sup>(55)</sup> Más detalles al respecto en ROXIN, L.-H. a Spindel, 1992, p. 289 y ss., c. másrefs; el mismo en *JZ* 1991, p. 680.

MIIII había disparado al vecino, a quien había confundido con el Mt|<' Aquí, en la persona del asesino, se presenta un irrelevante «error Mi jiriNona». Ahora bien, el TFA deduce la irrelevancia del error tam-Itifn jmia el campesino (quien, en consecuencia, fue condenado por I u< 11 u rión aun asesinato) de una supuesta «relación normativa... en-lii' Ins preceptos sobre autoría y participación» (ibídem, p. 218). Ante ln iMiici'Vación de que cómo se tendría que penar al campesino si el riNrMiK i, -al reconocer su error» todavía hubiera cumplido con su trato llittlimclo al hijo, el TFA opina que, en tal caso, se le tendría que «por li^l.i Kuieral... imputar ambas muertes», de manera que, entonces, M'l la «mdcnado por inducción a dos asesinatos.

I .migo, aquí, debido a una premisa normativa (según la cual el ri 11 u iti persona» del autor también tendría que ser irrelevante para 11 Itidiiclor) se imputan al campesino dos dolos de matar, pese a que • I snliuif.nle quería matar a una persona. No existe ningún sustrato 11|itico para el segundo dolo de matar. Pero no se pueden reemplazar (un hechos síquicos que constituyen el dolo a través de una impuia-i Irtn. Kn caso contrario, la dogmática perdería su orientación en la i cHilleclad y se disolvería en ficciones. Más bien, la «resistencia del obje-n i- obliga a corregir la premisa en el sentido de que el «error in perso-ini" del ejecutante se presenta, en el inductor, como «aberratio ictus» V llcvii <\ una punición por tentativa de inducción (§ 30, primer parra- InSK'.ll).

Un error correspondiente ha cometido el TFA en un caso de iciliiliva de violación (sentencia del BGH, colección penal, tomo 39, i >, '¿4 4). La víctima, para evitar más actos de violencia, había engañado til iulor, en la etapa de la tentativa, manifestando su pleno acuerdo. l'tir filo éste había ejecutado el coito suponiendo que mediaba un ni nci'do voluntario entre ambas partes. En tal caso, el autor debe ser (muido por una tentativa de violación debido a sus actos violentos ini-i lulcs. Se trata de una tentativa fracasada en la cual es imposible el trlsÍNliniicnlo.

l'or el contrario, el TFA-notoriamente sobre la base de una valo-i tu ion político-criminal- admite una tentativa inacabada porque quie-ir dejar abierta, para el autor, la posibilidad de desisúrse y quedar libre tle pena en caso de que, «por vergüenza o arrepentimiento de su

conducta realizada hasta entonces», se aparte por completo del acto sexual. «Quitarle, en tales casos, la posibilidad de un desistimiento liberador de pena, pese a que él ha regresado al terreno de la fidelidad jurídica, no armonizaría con el objetivo político-criminal del art. 24 StGB». Sea cual fuere dicho objetivo: es sencillamente imposible un desistimiento cuando el autor ya no tiene el dolo de violar (presupuesto de la tentativa punible según el art. 177, numeral I StGB), sino solamente un dolo de llevar a cabo el acto sexual. Luego, nuevamente aquí, con motivo de un presupuesto normativo (aquí el deseo político-criminal de posibilitar el desistimiento), se atribuye una tentativa que no existe en la realidad. También en este caso deben corregirse las premisas: lo que el legislador premia con una impunidad de la tentativa, en caso de voluntariedad, no es el apartarse de realizar un acto sexual bajo acuerdo, sino el apartarse de continuar con la intención de violar.

En lo principal no ocurre algo distinto al funcionalismo con su imputación de una culpabilidad que no existe como dato síquico (ver arriba en C II). Aquí simplemente se bautizan con el nombre «culpabilidad» las necesidades de prevención general que se quieren admitir. Ésta no es una vía transitable para una dogmática que incluye la seguridad jurídica y la limitación de pena dentro de su programa político-criminal.

## II. La naturaleza de las cosas como medio de concreción

Las circunstancias objetivas también tienen una gran importancia para la dogmática penal, debido a que ayudan a materializar las ideas que orientaron al legislador. Quiero aclarar esto con el derecho a la legítima defensa. Esta causa de justificación se basa en los principios de la protección individual y la preservación del Derecho, es decir, además de la protección de bienes jurídicos, debe servir siempre para la imposición supraindividual del Derecho y, con ello, actuar preventivamente<sup>1571</sup>. Estos objetivos del legislador pueden extraerse del

<sup>1571</sup> Más detalles en Roxin (como en la nota 9), § 15, n. marg. 1-3 [4ta. ed.: id. ni J

- I. ni. ;i'J SU HI y de la documentación legal. Por cierto que en
- .v.osen los cuales la necesidad preventivo-general sea redu-
- id iiiimiy r iuinbica el interés en la preservación del Derecho; la
- il< lens;i «exigible» de manera general según el segundo pá-
- 1.11!. !tl Si Gil, ya no es en tal caso «necesaria», tal como dice el
- i-u i-n d primer párrafo del StGB. Entonces, la posibilidad de
- 'i 1.1 ii mes ¿tico-sociales» de la legítima defensa puede deducirse
- -i i;tmriic: de las ideas orientadoras del legislador, y esto tam-
- n l<> querido expresamente por el legislador<sup>1571</sup>.

El em no puede extraerse del tenor legal cuando, en cada caso "•" 1.1 il.n, es "necesaria» una restricción de las potestades de la legítima

- \*!' It'tisn que se presenten de manera general. Solamente tenemos i | - tui.i
- f.,n;i de que existe un interés significativamente reducido en
- u i-l Derecho. Aquí solamente observando las circunstancias
- it puedo conseguirse una ayuda. Se tiene que atender a la ma-
- ' |in lili\* u, o sea, a la realidad vital que se da en las distintas situacio-
- li l,i legítima defensa. Entonces se notará que existen cuatro gran-.....I »i i os
- culos cuales, frente al caso normal, las exigencias preven-
- ;'< m-iiilcs y, con ello, el interés de preservar el Derecho se redu-. n i
- diiHiderablemente: el ataque sin culpa o con una culpa esencial-
- .....u- i educada, el ataque provocado antijurídicamente, el ataque
- l^niliciuile y el ataque en el marco de relaciones sociales de cerca-i i-^unidos
- a través de posiciones de garantía. El que esto sea así, Iii u tle deducirse de
- valoraciones legales (entre otras, en los artículos III liiniipiitabilidadpor
- transtornos mentales], 21 [culpabilidad re-iliu ni.i), 111 [delitos de omisión
- impropia] StGB, art. 153 StPO [no l>< !],[•< u< ion de casos de bagatela]).
- Pero recién los hechos dan con-lin iiiii ;i la pauta valorativa legal y posibilitan
- decisiones relacionadas i un ni upos de casos.

Esto es lo que yo quiero decir cuando me refiero a que los objeti-VMH del legislador tienen que ser desarrollados siguiendo la materia |m nuca, y que solamente a través de lo empírico pueden conseguirse

<sup>1571</sup> Más detalles en Roxin (como en la nota 9), § 15, n. marg. 53 y ss. [4ta. ed.: N I fi, ii. marg. 55 y ss.], donde también se encuentra la discusión con las opinio-nri jKivciiilmcne divergentes de la literatura.

resultados interpretativos concívios. K. si <sup>S</sup> ' «.suluidos pueden extraerse recién de la «naturaleza de las cosas». Y <sup>^</sup>cién esta posibilidad también debilita el reproche de una gran indeterminación que se hace contra la idea de la pauta legal. Los parámetros más elevados son necesariamente abstractos. Recién la tipología de los hechos de vida, que son observados bajo la perspectiva de aquélla, posibilita soluciones suficientemente taxativas.

### III. La fuerza **formadora** de estructuras de los hechos vitales

Lo mismo ocurre con la fuerza de i° empírico en la formación de estructuras. La gran resonancia que ha tenido mi libro sobre «Tálerschaft und Tatherrschaft» <sup>59</sup>, en mi opinión, se debe en gran medida a que el concepto «Tatherrschaft» [dominio del hecho], que antes era más bien una palabra algo vaga, ha recibido ahí una estructura sistematizadora de la teoría de la autoría. Términos como el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho, al igual que el dominio de la coacción, el dominio del error (con sus diferentes niveles) y el dominio median te aparatos organizados de poder, han encontrado una amplia difusión como formas de la autoría mediata, y, en parte, también han sido recogidos por la jurisprudencia <sup>61</sup>. Pero nada de ello ha sido deducido de un concepto previamente definido con exactitud. Antes bien, uno de los parámetros-guía (según el cual, por regla general <sup>61</sup>, es autor quien tenga el do-

<sup>(61)</sup> Ira. ed., 1963; 6ta. ed. 1994; 7ma. ed. 1998. Ha octava edición alemana va 3 ser publicada el 2006]. La traducción de la séptima edición, a cargo de Cuello Comrcras y Serrano González de Murillo, fue publicada en 2000, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

<sup><sup>61</sup></sup> Referencias más exactas pueden encararse en el anexo de la 7ma. edición del libro.

<sup><sup>61</sup></sup> También los delitos de infracción del <sup>1</sup>\*er, que constituyen la excepción a ja regla, bajo el punto de vista normativo de la «figura central», deben ser, en cierto modo, reconocidos a partir de la **maieri\*** jurídica típica. Una primera monografía sobre los delitos de infracción del deber es proporcionada ahora por SÁNCHEZ VERA: «Plichtdelikt und Beteiligung», 1999.

•iliir liv i rali/ación del tipo) se apoya en los fenómenos reales ili/iu'ióu individual y colectiva del delito, con lo cual resulta itiHinoMHclas formas de autoría, que por definición no pue-. i IU-viidas a un denominador común, se destacan MI iniitliticnir y posibilitan una sistematización orientada en la rea-tl (ni i iiTia forma: un mapa de la teoría de la autoría).

' **I a receptividad de** las categorías dogmáticas para el empirismo linde el punto de vista aquí defendido, ya la teoría de los fines 11' lii | ii'iuí debe poder medirse de manera empírica. Las reflexiones |n< vi'iiüvo-generales para fundamentar y medir la pena serían üegí-Hiiiin si hr tuviera que partir de que el Derecho penal y la pena no |muí ru ningún efecto preventivo-general. Yes que una política cri-IHhul m/onable depende de los efectos reales de las medidas de H'Kiil.uión social. Aquí también se encuentra un punto de diferen-) dt ni relación con el funcionalismo teórico-sistémico, para el cual lili Investigaciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal i'ilmíim "Cuera de lugar» porque la pena «significa» un restableci-llli'lilo ilc- la identidad social, aun cuando no tenga ningún efecto

i'illipiU O.

Sin embargo, la concepción teóricosistémica que aquí reproduzco Knln jmedí: conceder a la prevención general una importancia esen-l'lul pura la justificación de la pena, debido a que, pese a algún esceplli INI no, existen mayoritariamente motivos para suponer que elDere-i lio penal sí es capaz, en lo esencial, de contribuir a "impedir delitos» \ »i ('(orzar la confianza de los ciudadanos en la firmeza y fuerza coerci-llvii (leí ordenamienojurídico» <sup>(W)</sup>.

'- ABESCHÖCH, en: Jehle (er<sup>4</sup>!), «KriminalpräventionundStrafjusuz», 199(5, |>, !!,li. No puede hacerse aquí una fundamentación más detallada de esta supo-ili uní; pm> comp. las refs. sobre el estado de la discusión tn Roxix (como en la imin !!), S 3, n. marg. 30, nota 35 [4ia. ed.: ibídem, nota 41]. Sobre una parte de i'Kiu R-ricniemcme: SCHIM:MANV von HIRSCH/JAKKLÍORG (edits.), -Posilive (lencralpravention. Kritische Analysen im deutsch-englisheii Dialog», Simpo-!•• di- l'ppsala (Suecia) en 1996, publicado en 1998.

**1.1 ii n criminal y'** • i • j u pemil liuy cu i

Pero *la* dogmática penal tampoco debe perder contacto con la realidad, sino construir sus conceptos de tal manera que queden abicrlül para nuevos resultados empíricos. Voy a aclarar esto brevemente i>< mando dos ejemplos del ámbito de la teoría del injusto y de la teorffl de la responsabilidad penal.

En un sistema penal concebido políticamente, el concepto de riesgo permitido constituye un concepto central de la teorú del injusto. Y es que el injusto no es otra cosa que la realización de un riesgo no permitido en el marco del alcance del tipo<sup><iiHi</sup>. Pero solamente recurriendo a todos los conocimientos empíricos -y precisamente a los más recientes y pertinentes- sobre la peligrosidad de determinadas conductas, y ponderando con el mayor cuidado entre los efectos socialmente útiles y los dañinos, puede decidirse lo que es un riesgo no permitido. Esto rige también, p. ej., para el moderno Derecho penal ambiental, en donde el principio jurfdico-formal de la accesoriad administrativa resulta ser inadecuado para definir (os riesgos socialmente intolerables y tiene que ser reemplazado por otros criterios más cercanos a la realidad<sup>(ii41)</sup>.

En lo que respecta a la categoría de la responsabilidad, me conformo con dar una breve indicación sobre la imprudencia leve, la cual es considerada punible pese a que se niegue mayoritariamente su necesidad de pena<sup>(ii5)</sup>. En realidad, se tendrá que decir que, en la imprudencia leve, la culpabilidad se encuentra en el nivel más bajo y que no I pueden esperarse efectos preventivos de una punición en este ámbito (lo cual, por cierto, debe corroborarse con investigaciones empíricas). Y es que, si bien pueden evitarse los descuidos leves aplicando una concentración máxima, esto no sera posible siempre, de manera que aquí no se conseguiría nada imponiendo una pena. Y tampoco se nece-

<sup>(ii3)</sup> Sobre cómo debe deducirse esto de la larea social del Derecho penal ver, c, más detalles, Roxix (como en la nota 34), p. 835 y ss.

<sup>iW></sup> Conip. al respecto, **tan sólo ScflCNEMAXN** (como en la nota 52), p. 209 y s., c. nías refs.

<sup>(iisl</sup> Comp. ROXIN (como en la nota 9), § 24, n. niarg. 85, ñola 107 [4ta. ed.: § 24, n. marg. 92, nota 131].

l'ulliicii criminal y dogmática penal liuy ai lita

pirsion penal por razones preventivo-generales, ya que u i|jic nadie está libre de un pequeño descuido; luego, la • Ir rsio no va a intimidar a nadie ni puede reforzar la 1. 1 jurídica general. Aquí es suficiente el Derecho civil para •' loMLinos resultantes.

I I I ti ir< lio penal debería tener en cuenta esto a través del me-

• >;iil.idor de la incxigibüidad, que se con ocia ya en lostiem-I 1 1 ilmn;il del Reich. Yesque «es inexigible pedir una precisión

»I" ..... n dui'iinte lodalavida»<sup>(liii)</sup>. Esto contradice la naturaleza

•ii 1 MT humano. Detrás del concepto de la imprudencia se

..... t's, un amplio espectro de conductas empíricamente muy

• |i »• lambién deben ser socialmente evaluadas de manera dis-i i- ty\j i.ii ica también debería tener en cuenta esta circunstancia,

'• un 1 1 iiiiuicnto objetivamente diferenciado, en vez de me-nii 1 1 misma vara normativa todos estos hechos de la vida.

V i l«:A IIEL DEBATE MINIMALISTA

I I inciio emprendido por la Escuela de Francfort para limitar

i ' i n mu criminal aun «núcleo del Derecho penal», en el cual se

• n li>s medios de la dogmática «clásica» y que se oriente

, i 'i n.ii i.nnente en los delitos de lesión que otorgan protección indi-

<sup>1</sup> li.i surgido del espíritu del pensamiento principista de la

.....l>.i. Ksto se basa en la pretensión loable de defender los ele-

••( de r.siado de Derecho, limitadores de pena de nuestro instru-'I dogmático tradicional contra las criminalizaciones desmedidas nii' .nn|ni previo, con las cuales el legislador intenta afrontar los NÚ» ink-B provenientes de las tecnologías modernas<sup>1681</sup>.

<sup>'''</sup> UnxiN (como en la nota 9), § 24, n. marg. 119 [4ta. ed.: ibídem, n.

<sup>1</sup> 'H

<sup>11</sup> I' M;i corriente no puede, naturalmente, ser expuesta aquí con todo un.i primera orientación se tiene en Roxix (como en la nota 9), § 2, n.

<sup>'''</sup> n |-luí. cd.: ibídem, n. marg. 68 y ss.], a la cual también se remite SILVA

<sup>MV</sup>

<sup>''''</sup> Sn,v,\ SÁXCHL/ (ver arriba en \*\*) p. 6.

Las tesis de Francfort han recibido vivas críticas<sup>91</sup> que, previsiblemente, van a predominar en la discusión científica. V también se debe dar la razón a la crítica en cuanto al punto central de que el Derecho penal no puede, por principio, apartarse de la tarea de combatir aquellos peligros que son más graves para la sociedad y los individuos que los fenómenos de la criminalidad «clásica». Los delitos de peligro abstracto, que son los que sobre todo ocupan a la Escuela de Francfort, no son criticables por sí mismos. En esto coinciden los dogmáticos que se orientan en la política criminal, como SCHÜNEMANN, y los funcionalistas teórico-sistémicos, como JAKOBS<sup>91</sup>; y yo concuerdo con ellos<sup>(7)</sup>. Un tipo penal como el de la «conducción bajo estado de ebriedad» art. 316 StGB) -para recurrir al caso más sencillo y frecuente- es necesario y apropiado. Y es que solamente puede intervenir con éxito contra conductores alcoholizados en un estado en el cual todavía no ha pasado nada. La conducta típica ha sido descrita con claridad, la referencia al bien jurídico (protección del cuerpo, la vida y objetos de valor) es reconocible por cualquiera, y el peligro es de tal naturaleza que puede ocurrir en cualquier momento.

Por cierto que -y en ello radica el relativo acierto de la crítica francfortiana- nuestra legislación, en tanto se mueva fuera del «núcleo del Derecho penal», sigue siendo poco satisfactoria. Ella carece de un asesoramiento suficiente en cuestiones de política legislativa y

Política criminal y dogmática penal hoy en día

<sup>(W)</sup> Comp. tan sólo KU'HUW, GA 1994, p. 362 y ss.; SCHÜM-;MA.\N (como en la nota 52), p. 210 y ss.; HJHICH, en: Kühne/Miyazawa (edils.), «Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen», 1995, p. 11 y ss.; recientemente, otra vez Schm"NKMANN en la ponencia principal que presentara en el 3er. Simposio germano-japones (del 12 al 15 de octubre de 1997) en Tréveris: »Vom (Unterschichtfi- zum Oberschichtstrafrecht«, publicado en: Kühnc/Miyazawa (edits.), "Alte .Strafrechtsstruk curen und nene gesellschaftliche Heraüisbrderungen iii Japan und Dcutschland», 2000, p. 15 y ss.

<sup>(7)</sup>> Comp. tan solo SH('VEMA.\ (como en la nota 52), p. 210 y ss.; JAK.OBS (como en (a nota 20), p. 858.

<sup>(11)</sup> Por consiguiente, SUYA SÁ.\Í;HK/ tiene razón cuando hace la comprobación (ver arriba [como en \*\*], p. 14) (traducción libre); "Entonces, el modelo político-criminal no es minimalista».

dogmática penal. Por política legislativa, tendría que revisarse con mucho más cuidado si la renuncia a determinadas posibilidades o la aplicación de medios de regulación extrapenal no podrían ser más electivos que una disposición penal cuando se trate de afrontar las amenazas de la producción de daños. La renuncia a la energía nuclear es más efectiva que una lucha penal contra los peligros atómicos, y un control preventivo puede ser más efectivo que una represión penal.

Pero, para retornar al tema de esta contribución: también la dogmática de los delitos de peligro abstracto y muchas de las nuevas áreas jurídicas dominadas por ellos (como en el Derecho penal del medioambiente), han permanecido sin desarrollar durante tanto tiempo porque ni el legislador ni el juez han sido capaces de proveer las herramientas para preservar los estándares clásicos del Estado de Derecho. Así, a menudo el bien jurídico protegido, qtte es el que recién hace posible una interpretación precisa, se ha desvanecido, bajo la pluma de un legislador desorientado, en conceptos generales vagos; y no pocas veces también la jurisprudencia, en un sobrecebo desenfrenado de Estado de Derecho -p. ej. en el Derecho penal del tráfico de drogas-, ha allanado las diferenciaciones dogmáticas existentes entre los actos preparatorios, la tentativa y la consumación, o entre la autoría y laparticipación<sup>(72)</sup>.

Pero no se deben afrontar tales defectos haciendo que el Derecho penal se retire de estos ámbitos, sino, por el contrario, con su «pues-la en cultivo» de manera dogmática. Los contrarios a la Escuela de Francfort tampoco niegan esta necesidad<sup>(73)</sup>, mientras que ésta cae en una resignación apresurada cuando considera que sería imposible hacer frente a los peligros de una «sociedad de riesgos» con un Derecho penal que vincule las criminalizaciones necesarias a limitaciones punitivas propias de un Estado de Derecho.

<sup>(7a)</sup> Comp. al respecto tan sólo p. ej. Roxix en StV 1992, p. 517, refiriéndose a la sentencia del TFA impresa allí mismo en la p. 51ti.

<sup>(711)</sup> Comp. tan solo las citas dadas en SHÉNEMANN y JAKOBS (como en la 70).

.....u;i (iimiii ji y dogmática pciüil hoy rji iji.i

Así, todavía en los primeros años de la Posguerra, los delitos imprudentes- debido a la escasa importancia que tenían entonces- constituían un hijastro descuidado de la dogmática penal; pese a lo cual hoy en día su elaboración dogmática, sobre todo a través de la teoría de la imputación objetiva, ya ha alcanzado el nivel que tienen desde hace mucho los delitos de comisión dolosa. Y, *entretanto*, también los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto son objeto de amplias y profundas investigaciones. Solamente quiero recordar aquí los más recientes trabajos de habilitación de cátedra de ZIESCHANG<sup>(4)</sup>, WOHLER<sup>s17-11'</sup> y HEFENDEHL<sup>i7(i)</sup>. Estos trabajos van a contribuir a que la dogmática, en un tiempo no muy lejano, pueda ofrecer al legislador y al juez soluciones que hagan justicia, por igual, a los mandatos de efectiva protección de bienes jurídicos y su adecuada limitación punitiva en un Estado de Derecho.

Luego, lo que separa la concepción que yo defiendo del minimalismo de la Escuela de Francfort es menos una discusión sobre la orientación fundamental que una diferente estimación sobre la capacidad de rendimiento de nuestra dogmática penal. Lo que ha llevado a la Escuela de Francfort al callejón sin salida de un «núcleo de Derecho penal» minimalista es su falta de compromiso, basada en un escepticismo infundado, por una dogmática penal fundada en una política criminal de Estado de Derecho<sup>77'</sup>.

## Cambios en la teoría de los fines de la pena<sup>(\*J</sup>

<<sup>74</sup>> ZIKSCHAM, «Die Gefährdungsdellilue», 1998.

(JS) WOHLKRS, «Dcliklstypen des Prävcntionsstrafrechts - Zur Dogmatik moderner Gefährdungsdellikte», 1999,

fK) HJ:FKM>KNI.. «Grund und Grenzen des Schiitzcs kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht». 2002.

<sup>(4)</sup> Comp. ya al respecto mi informe del día sobre el simposio de Tréveris mencionado en la nota 69; ver en *ZStW*110 (1998), p. 806 y ss. (807-809).

68

\*' La presente contribución tiene su origen en una conferencia que voy a dar en Sudán. Ello explica la forma expositiva y también otras características del texto. Naturalmente, trato de exponer desde mi perspectiva personal. No obstante, al pasar el texto por escrito me he dado cuenta de que extraordinaria medida los «cambios de la teoría de los fines de la pena» se reflejan en el trabajo científico de Hein/ MÜLLER-Dietz y cómo él ha contribuido a ello. Esto me anima a ofrecer al ilustre colega y gran político criminal, junto con mis felicitaciones por sus setenta cumpleaños, mi exposición que necesariamente va a tener la forma de un esbozo.

[El artículo se publicó en el Libro-Homenaje a Hein/ Müller-Dietz (Munich, L'OOI, p. 701 y ss.) con el título original: «Wandlungen der Strafzwecklehre»].

69

## LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE LA PENA

La cuestión de la finalidad de la pena es un tema muy popular en los discursos solemnes, tal como lo demuestra mi conferencia de hoy. Eso no cambia para nada su importancia y continua actualidad. Y es que la cuestión de lo que pueda y deba conseguir la pena en la sociedad, y cómo pueda ser justificada esta intervención coercitiva, la más dura de todas las intervenciones soberanas, abarca problemas de política social y teoría del Estado que son de central importancia. Tanto más extraño resulta que, pese a todas las modificaciones fundamentales de la Constitución estatal y de las relaciones sociales, desde hace siglos siempre se sigan ofreciendo las mismas tres concepciones que se disputan el predominio en la discusión científica y que también rigen, en una medida cambiante, en la legislación y la justicia penal<sup><1></sup>.

Según la primera concepción, que en Alemania ha tenido influencia predominante durante mucho tiempo a través de KANT y HEGEL, y que también hoy en día tiene ilustres seguidores, la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia, independientemente de cualquier efecto social. Aquí se habla de una teoría de la retribución o de una teoría de la justicia.

La segunda opinión ve la tarea del Derecho en impedir que el autor cometa otros delitos. A esto se denomina teoría de la prevención especial, cuyo desarrollo científico en Alemania está especialmente vinculado al nombre de FRANZ VON LISZT. Esta teoría ha influido fuertemente el proceso de reforma alemana en las primeras décadas después de la Posguerra.

La tercera teoría otorga a la pena la función de motivar a la generalidad, o sea, a toda la población, hacia una conducta legal. Esta teoría es denominada teoría de la prevención general. Su fundador y más importante defensor en Alemania fue ANSELM VON FEUERBACH, quien fundó hace 200 años la nueva ciencia penal alemana.

"•' Una exposición detallada puede verse en Roxix, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», tomo I, 3ra. ed., 1997, § 3, n. niarg. 1-55 [n. d. t.: 4ta. ed., 200fi, § 3, n. niarg. 1-62]; el mismo autor, «Sinn und Grenwn sraatlicher Strafe», *faS* 1966, p. 377 y ss. (igualmente en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973, p. I y ss.).

Cambios de la icaria ile los fines cié la

Se pueden resumir las tres teorías en dos grupos. En tal caso, la i.....1 di' la retribución aparece como una teoría «absoluta», es de-

• h • MIMO una teoría independiente de sus efectos sociales que en-i in nii.i su sentido no en alguna utilidad práctica, sino solamente en i • [.inducción de justicia, mientras que las teorías de la prevención i'\*|H'( i.il y general son teorías «relativas», es decir, vinculadas a una llii.iliil.id, las cuales quieren alcanzar efectos sociales a través de la |n n.i influyendo en el autor o en la generalidad con la finalidad de Impedir delitos.

II. LA SÍNTESIS ENTRE PREVENCIÓN Y JUSTICIA COMO PARÁMETRO GUÍA DE LA TEORÍA DE LA PENA

Voy a renunciar a exponer las ventajas y desventajas de cada una ilc Lis tres teorías y a ponderar estas con aquellas. Esto ya lo he hecho i<sup>1</sup>111 >i i o lugar<sup>21</sup>. En vez de ello quiero esbozar de manera muy breve mi

i.....epción básica de la teoría de la pena y tomarla luego como punto

i le partida para ulteriores reflexiones sobre los cambios producidos en U teoría de la pena. Según mi tesis, una pena solamente resulta legíti-in.i ruando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, esjusta n i d sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de li culpabilidad del hecho.

Una pena absoluta, que renuncie a finalidades de prevención y únicamente -tomando la expresión de MAURACH<sup>(11)</sup>- demuestre la «majestad del Derecho desprendida de objetivos», no solamente no .u rilaría con la tarea social del Derecho penal, sino tampoco sería i mnpatible con las bases de una Constitución democrática. Yes que la pena constituye una intervención estatal grave y, como tal, precisa una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de compensación retributiva de culpabilidad, sino solamente irn su idoneidad y necesidad para cumplir con tareas estatales (en el caso concreto: un control seguro de la criminalidad). El Estado no

<sup><2></sup> Ver en la nota I.

<sup>m</sup> «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 4ca. ed., 1971, p. 77.

Por otro lado, las finalidades puramente preventivas no pueden tampoco legitimar la pena. Yes que, como la pena contiene un reproche personal contra el autor (en caso contrario, no sería una pena sino, en otro caso, una medida de seguridad), ella no puede justificarse frente a éste con una simple finalidad preventiva, sino la pena tiene que poder ser entendida por este autor en el sentido de que se ha hecho merecedor a ella. Y esto solamente ocurre cuando la pena es justa, es decir, cuando se la vincula a la culpabilidad del autor, a la cual también va unida su medida. Luego, la pena tiene que estar en una relación apropiada con la culpabilidad. El principio de culpabilidad, que se describe con estas palabras, es considerado por la mayoría en Alemania como garantizado incluso por la Constitución. Una pena que por razones preventivas -p. ej. con la finalidad de intimidar- vaya más allá de la medida de la culpabilidad, es vista como un atentado contra la dignidad humana que, en el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, es declarada como «intangible»<sup>(1)</sup>.

Cuando se ven así las cosas, entonces la exigencia de una necesidad preventiva de pena, al igual que su limitación por la medida justa de la culpabilidad, se ven trazadas por las bases de la teoría del Estado de una democracia respetuosa de los derechos humanos. Luego, una «teoría de la unión» que vincula de la manera expuesta prevención y justicia, en contra de lo que se dice ocasionalmente, no constituye una vinculación ecléctica de planteamientos heterogéneos. Más bien,

<sup>141</sup> Entontes, de manera general rige lo que Müllersfeldt dice sobre una ejecución penal retributiva (ver «Strafzweck und Vollzugsziele 1973, p. 10), a la cual él, con razón, considera inconstitucional: «En el fondo, esto desembocaría en una restricción de derechos fundamentales, cuyo objetivo obvio sería, perjudicar jurídicamente al preso, sin que se vinculara a ello una función político-criminal razonable».

<sup>(1)</sup> También Müllersfeldt/ (como en la nota 4), p. 37 otorga a la culpabilidad del hecho «ya en sentido constitucional una función limitadora», y se apoya para ello en la prohibición constitucional de exceso y en el respeto de la dignidad humana.

• la posibilidad de una justificación cumulativa, es la única posibilidad plausible de fundamentar siquiera suficientemente la potestad punitiva

< Müller.

(insidiero lógica y político-criminalmente obligatoria otra conse-

< unida de la concepción fundamental expuesta, si bien ella todavía y ni se ha impuesto de manera general en Alemania: que no solamente la pena preventiva deseable sea limitada por la culpabilidad y su medida, sino también que la pena apropiada según la culpabilidad puede ser impuesta en el marco de la prevención en un sentido indispensable. Esto quiere decir en palabras sencillas: la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable.

< la pena p. ej. el cumplimiento de una pena correspondiente a la culpabilidad pudiera destruir la existencia civil del autor y lo desocializara, y si existiera por lo demás un pronóstico favorable de buena conducta, debería imponerse una pena leve que permita la condena condicional. Y es que cuando una pena leve pueda cumplir con la finalidad preventiva de igual o mejor manera que una pena fuerte, que era la merecida, la pena que agote la medida de la culpabilidad carecería de legitimación a través de la necesidad social».

### III. LA DIFERENCIACIÓN DE LOS ASPECTOS PREVENTIVOS DE LOS FINES DE LA PENA

La teoría de los fines de la pena que he esbozado intenta ciertamente, basándose en la teoría del Derecho, tomar en cuenta las exigencias del presente. Pero ella no constituye más que una vinculación

<sup>(1)</sup> También Müller-Ült/ («Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems», 1979, p. 24) reconoce «que la culpabilidad, si bien constituye una condición necesaria, no siempre es una condición suficiente de la pena», lín cuanto a la cuestión de quedarse debajo de la medida de la culpabilidad, Müller-Ült/[-nv. se manifiesta ponderando y diferenciando (ibídem, p. 29). El capítulo sobre «La relación entre culpabilidad y prevención a la luz de los Fines de la pena y la medición de la pena», en las páginas 11 a 30 de este libro, contiene un muy extenso análisis de mi concepción, análisis que — pese a algunas divergencias— permite reconocer una amplia coincidencia mutua en la orientación fundamental de política criminal.



actualizada de elementos que, como muy tarde desde la Ilustración y la filosofía del Idealismo, determinan la discusión. Los cambios de la teoría de los fines de la pena que pueden hacer que ésta alcance un renacimiento político-criminal fructífero, no radican tanto en los altos niveles de teoría abstracta como en la orientación hacia la realidad social y nuevas formas de sanción. Voy a aclarar esto primero a partir de la diversificación de los fines preventivos de la pena.

#### 1. La prevención especial

La prevención especial, que rigió como finalidad dominante de la pena en las primeras décadas de la posguerra y que ha influido permanentemente en la nueva parte general del Código penal alemán, vigente desde 1975<sup>(7)</sup>, ha desaparecido en la actualidad de la discusión internacional sobre la teoría de la pena<sup>(8)</sup>. La prevención general domina el terreno. Esto es lamentable porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delitos es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. La resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida. Pero también ayuda a la generalidad, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejora las condiciones de vida de todos.

El descrédito de la prevención especial se debe, sobre todo, a que la idea de configurar la privación de la libertad como una ejecución resocializadora de pena, basta ahora no ha tenido ningún éxito destacable. Por todas partes se ve un cuadro similar: falta dinero y, a menudo, también la voluntad de gastarlo en esfuerzos costosos de

<sup>(7)</sup> Compárese así mi trabajo «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Abwärtswurfs» en *ZStWi* (1969), p. 613 y ss, (igualmente en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973, p. 32 y ss.),

<sup>(8)</sup> Comp. así respecto tan solo mi manual (como en la nota 1), § 3, n. raarg. 18 y ss., c. más refs. [4ta. ed.: ídem]. Una exposición minuciosa del desarrollo y una defensa de la idea resocializadora se encuentra en mi trabajo «Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik», en L. H. a Gagnér, 1991, p. 341 y ss.

di mitins ilt Li li-urfa ilo los Unes de la jlenii

.....iali/;u ion. Y tampoco ha podido desarrollarse hasta ahora un pro-

- m;\ i cálmente eficiente y fácil de manejar. Es así que, bajo la frase «works», se ha propagado la resignación y un escepticismo
- • ii<T;ili/;ulofrenteala prevención especial<sup>TM</sup>.

l,i verdadera causa de este desarrollo radica en que el pensa-111 in i u> p reven tivo-especial, durante mucho tiempo, ha tenido una fi-1.M ion unilateral en la pena privativa de libertad. Su relativa falta de

- no, como medio de resocialización, se ha convertido en un argu-iiH'iiio contraía prevención especial por sí misma. Pero, en realidad, i ñu ello no se describe la incorrección de la finalidad prevenüvo-espe-i i.il sino solamente la problemática político-criminal de la privación de libertad.

Y es que la privación de libertad está vinculada con demasiadas i ju uninstancias colaterales que son enemigas de la resociali/ación: el aislamiento de la sociedad, que es nocivo para un entrenamiento de ;i)icndizaje en lo social, la frecuente destrucción de vínculos humanos y sobre todo familiares, el fracaso profesional, el peligro de una ii i lección criminal y la descalificación social ante los ojos de la opinión | nública. Apenas si se pueden compensar, en el establecimiento penal, iodos estos influjos negativos mediante esfuerzos resocializadores se-i ios, que se ven limitados por razones presupuétales y que sufren bajo <sup>1</sup> rutina del quehacer cotidiano carcelario. Esto es tanto más cierto en cuanto que corregir desviaciones psíquicas enraizadas constituye una difícil tarea.

Por ello, no es una correcta vía político-criminal el descalificar a la prevención especial. Más bien se recomienda, precisamente por razones de prevención especial, evitar la privación de libertad todo lo que permita su compatibilidad con las exigencias de la prevención

<sup>(9)</sup> El origen de este eslogan está en el trabajo de MARTIXSON, «What works. Questions and Answers about Prison Riform», 1974. Una exposición clara de la situación en Alemania puede encontrarse en ROUVSKI, «Veränderte Redingungen des Resozialisierungsvollzuges im Kontext imernationaler Kriminalität in Deutschland», en: Kühne/ Miyazawa, -Alte Strafrechtsstrukturen und nene yesellschaftliche Herausforderungen iu japan und Deutsehland», 2000, p. 67 y ss.

general. En lo práctico, esto significa que se tienen que introducir alternativas a la privación de libertad y otras medidas sociales promotoras de una resocialización o que, por lo menos, no perjudiquen a ésta. Esto es lo que yo entiendo por «diversificación» (es decir, como distribución de planteamientos preventivo-especiales en varias formas de manifestación) y lo que yo evaluo como un cambio fructífero de la teoría de los fines de la pena.

Comienzo con las alternativas a la privación de libertad, de las que el legislador alemán se viene ocupando desde hace algunos años bajo el influjo de los cambios expuestos en la idea de prevención especial. Desde 1994, el Código penal alemán reconoce la compensación a la víctima por parte del autor (o sea, la reconciliación entre autor y víctima) y la reparación civil unida a considerables esfuerzos personales, como prestaciones del autor para reducir la pena y que pueden llevar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena e incluso -en penas de hasta un año- la exención de pena (arts. 46, segundo párrafo, 46a, 56, segundo párrafo, segunda oración). Detrás de esto se esconde la idea -entre otras cosas- de que las prestaciones social-mente constructivas de este tipo, ya por sí mismas, contienen un poco de reintegración social comprobada a través de la participación activa. Desde finales de 1999 el legislador alemán también está tratando de promover estos esfuerzos compensatorios a través del auxilio de los Tribunales, la Fiscalía y oficinas de conciliación especializadas (arts. 155a, b, StPO). Precedió a este esfuerzo legislativo un "Proyecto-Alternativo de reparación civil" en 1992, en el que yo intervine y en el que se continuaba el desarrollo de esta nueva orientación político-criminal proporcionando una propuesta legal y una amplia fundamentación<sup>[10]</sup>.

<sup>[10]</sup> En mi trabajo «Die Wiedergutmachung im System der Strafvollstreckung», he fundamentado con más detalles este cambio de la teoría de los fines de la pena; ver en: Schöch (ed.), «Wiedergutmachung und Strafrecht», 1987, p. 37 y ss. También MERTZ-DIETZ se ha ocupado excelentemente de la compensación entre el autor y la víctima; comp. p. cj. MÜLLER-DIETZ, «Sinifrechtheoretische Überlegungen zur Wiedergutmachung», en: Eser/ Kaiser/ Madlener (eds.), «Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht», 1990, p. 355.

Además, desde fines del año pasado [2000] el Ministerio de Justicia alemán tiene en sus manos un proyecto que busca ampliar el campo de aplicación del trabajo comunitario (es decir, una prestación voluntaria en provecho de la generalidad)<sup>[11]</sup>. Según este proyecto, se debe agregar al Código penal una disposición que diga: «El condenado puede permitir al condenado que, a través de trabajo en provecho de la comunidad, evite la ejecución de una privación de libertad de hasta seis meses» (art. 55a, primer párrafo, 1 StGB). Cuando se trata de una primera condena a tal pena, esto incluso incluye la suspensión de la ejecución de hasta un año (art. 55a, segundo párrafo, 1 StGB). Finalmente, en el futuro también debería evitarse, en lo posible, que la privación de libertad reemplace al no-pago de las penas de multa. En la nueva regulación prevismdice: "A cambio de una pena de multa incobrable se aplicará el trabajo comunitario cuando el condenado esté de acuerdo con ello» (art. 43, primer párrafo, 1 StGB).

En el espacio que se me ha concedido no puedo valorar cada uno de estos planes legislativos. Pero, en su tendencia, me parece que indican pasos en la dirección correcta. Yes que el legislador ha comprendido que la compensación entre autor y víctima, los grandes esfuerzos de reparación civil y el trabajo comunitario ofrecen más oportunidades preventivo-especiales que las privaciones de libertad de poca duración. Aquellas evitan las desventajas de estas, producen algo socialmente útil y dan al condenado la sensación de haber salido adelante gracias a su propio esfuerzo.

Por lo demás, también puede pensarse en muchas otras regulaciones preventivo-especiales que prometan éxitos, de las cuales solamente voy a nombrar algunas a manera de ejemplo. Si a un autor que ha respondido con éxito durante el período de la suspensión condicional de la condena, se le otorgara como premio de resocialización

<sup>[11]</sup> Se trata de «Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Strafvollstreckungsrechts» y el proyecto de Ley para reformar el Derecho sancionatorio; proyecto de los asesores de 08-12-2000.

una remisión retroactiva de la pena, de manera que no tenga antecedentes penales, esto promovería extraordinariamente la motivación del autor para trabajar en su resocialización durante el período de prueba<sup>121</sup>. Y si, (al como exige el Tribunal Constitucional Federal (TCF) de Alemania<sup>31</sup>, el trabajo carcelario se retribuyera de una manera más o menos correspondiente con el valor del trabajo, esto podría tener efectos preventivos especiales muy favorables. Yes que el condenado podría conocer la ventaja de tener un trabajo regular, pagar sus deudas y ahorrar un capital inicial para su vida en libertad. Los costos de dicha remuneración podrían verse compensados por el ahorro que significaría la disminución de las reincidencias. Para muchos delincuentes menores que nunca han aprendido en su vida algo socialmente útil, se podría pensar también en imponerles primero, como sanción, solamente el cumplimiento de una formación profesional bajo vigilancia estatal. Esto podría eliminar una de las causas esenciales que motivan la criminalidad de estos y les daría mucho mejores posibilidades para llevar una vida en la legalidad.

Aquí voy a cerrar la lista pues creo que ya lo expuesto permite reconocer los cambios que ha tenido la idea de resocialización, idea que yo defiendo.

## 2. La prevención general

No puede haber dudas de que también la prevención general -con restricciones que van a mencionarse más adelante- constituye una importante finalidad de la pena. Yes que al Estado le debe interesar no solamente impedir que se produzcan condenados por nuevos delitos sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan los delitos. Al principio se entendía por prevención general, tal como también era la idea de FEUERBACH, solamente la intimidación de personas que corrían el peligro de caer

<sup>(121)</sup> Tal propuesta ya se había hecho en el art. 47, segundo párrafo, del Proyecto Alternativo de Código Penal, parte general, de 1966. <sup>1131</sup> *MJW*1998, p. 3337.

de intimidación. Se seguía la divisa: «crime does not pay». En la ciencia alemana esta prevención general «negativa» ha sido lamente desplazada<sup>141</sup> por la prevención general «positiva». Según esta última -con las palabras de nuestro Tribunal Constitucional-, la pena tiene la tarea de «demostrar frente a la comunidad que la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y, de esa manera, la fidelidad jurídica de la población».

Ya en ello radica un notable cambio de esta finalidad de la pena.

- El destinatario de la prevención general ya no es solamente el inculpa en peligro de caer en la criminalidad. Querer intimidar a un delincuente frente al Derecho penal tampoco promete mucho éxito, pues el delincuente suele confiar en que no va a ser descubierto y, por ello, no recurrirá al Derecho penal. En esto se basa también el retroceso de la prevención general negativa en la reciente discusión. El destinatario de la prevención general positiva es, sobre todo, el ciudadano fiel al Derecho, a quien se debe transmitir, mediante una justicia penal en su funcionamiento, una sensación de seguridad y una actitud aprobadora del Estado y su ordenamiento jurídico.

También en el campo de la prevención general positiva es posible una mayor diversificación. Pueden diferenciarse tres distintos efectos. En primer lugar, el efecto de aprendizaje que alcanza el Derecho penal poniendo a la vista, de manera ilustrativa, las reglas sociales básicas. Una violación no puede aceptarse; en segundo lugar, el efecto de intimidación que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto; y, en tercer lugar, el efecto de pacificación, que se produce

<sup>(14)</sup> Acerca del efecto intimidante de las sanciones más graves -la pena de prisión perpetua— evaluando el estado actual de la investigación científica, ver, ampliamente, MULLER-ÜIETZ, en: Jescheck/ Triftterer (edits.), *Die ilif lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, 1988, p. 99 y ss.

<sup>(11)</sup> Sentando las bases también MULLER-DIETV., «Integrationsprävention und der positive Aspekt der Generalprävention», en L.-H. a Jescheck, *ibid.* p. 813. Por lo visto, el concepto de prevención integradora lo he empleado por primera vez (comp. MULLER-KK-DIETV., *ibidem*, p. 816, en la nota 21 y el texto «...escondiente a ella»), y es recepcionado aquí por MULLER-KU-DIETV.

<sup>(111)</sup> Sentencia del TCF, tomo 45, p. 255 y s.

cuando un quebrantamiento criminal del Derecho es resuelto mediante la intervención estatal y se restablece la paz jurídica, Estos diferentes aspectos de la prevención general llevan a interesantes consecuencias de política criminal. Yes que, mientras que la idea de intimidación tiende a penas desproporcionadamente duras, que van más allá de la medida de la culpabilidad, y en su exageración tropieza con dudas constitucionales, la idea de la prevención general positiva alcanza penas moderadas. El efecto de aprendizaje, desde el inicio, no está vinculado a determinada medida de pena. Y el efecto de confianza y de pacificación presuponen una pena justa, es decir, concuerdan con las exigencias del principio de culpabilidad. Las penas draconianas, que no guardan relación con la culpabilidad individual del autor, caracterizan a las dictaduras y, por ello, son más bien perjudiciales para el efecto de confianza y de pacificación de la pena. Además, la idea de pacificación da la posibilidad de justificar, con la prevención general, la inclusión, que ya he mencionado, de la reparación civil y la compensación del autor a la víctima en el Derecho penal. Y es que solamente cuando la víctima es indemnizada y se le restituyen sus derechos, se puede decir que se ha restablecido el Derecho lesionado a través del delito, y con ello la paz jurídica.

Y todavía entra a tallar otro punto de vista cuando se tiene a la vista la variedad concreta de los aspectos preventivo-generales: que la prevención general tiene una relación mucho menos estrecha con la pena que la prevención especial. Yes que la prevención especial -por lo menos en un Estado de Derecho- siempre está vinculada a un delito ya cometido y a un autor concreto. Ella se realiza, entonces, de manera exclusiva en la reacción estatal a los delitos. En cambio, la prevención general siempre quiere ser efectiva ya antes de la comisión de los delitos e impedirlos en lo posible desde el principio.

De ello resulta algo que los especialistas de la teoría de la pena todavía no han notado mucho: que solamente una pequeña parte de la prevención general necesaria puede ser dada por la legislación y la justicia penales. La mayor carga preventiva radica en el control social efectuado por la policía, el cual se lleva a cabo, en parte, mediante la lucha preventiva de la criminalidad, en parte, en el marco de investi-

Cambios de la teoría de los fines de la pena

i •, ii i< u fes procesales contra autores todavía desconocidos. El medio más rrciivo de la prevención general no es el Código penal o la justicia | M • 11 ni, sino la densidad del control, es decir, una vigilancia más intensa de l.i población.

Con ello se toca un tema muy delicado: la cantidad de métodos ilc [ >rsquiza computarizada que tenemos a disposición actualmente, Lis diferentes formas de vigilancia acústica y óptica, las posibilidades que abren las investigaciones de genética molecular, y muchas otras ni, is, podrían, bajo un empleo excesivo, impedir efectivamente los delitos, pero restringirían el espacio libre de Estado del ciudadano de una manera que no sería compatible con nuestras ideas de un Estado liberal de Derecho. Aquí no voy a tratar en particular cada uno de los problemas que surgen de esto, sino solamente quisiera traer a la memoria una importante tarea; la cuestión de cuánta libertad, cuánta eslor a de privacidad estamos dispuestos a sacrificar a favor de una mejor prolección frente a la criminalidad, tiene que plantearse científica-iiu' iue incluyendo posiciones constitucionales de manera mucho más Inerte que lo que se ha hecho hasta ahora. Gran parte de la población pnrce estar dispuesta a tolerar cada vez más control porque, como ciudadanos fieles al Derecho, no tendrían «nada que temer ni nada que ocultar" y porque, además, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal. Pero no ven cuántas personas inocentes son afectadas ni cómo, a través de una total observación y el espionaje, se puede dar pie a tendencias totalitarias. Con todo esto, no se quiere dar un veredicto general sobre las alternativas al Derecho penal que actúen con medidas de vigilancia y prevención. Pero no se debe dejar únicamente en manos de los políticos las ponderaciones y delimitaciones que son aquí necesarias, sino debe reconocerse que rslas son tareas de primer rango de la ciencia del Derecho y, en este caso, también de las ciencias sociales.

Para la teoría de los fines de la pena resulta de esto el entendimiento de que la prevención general también puede alcanzarse con métodos extrapenales (no solamente el del control, sino también p. ej, la pedagogía social o el aseguramiento técnico de objetos en peligro) , de manera que una política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá que el Derecho penal.

Forma parte de los cambios de la teoría de la pena, cuya mayor consideración debe exigirse, también el reconocimiento del distinto peso que tienen los fines de la pena en la dimensión temporal<sup>171</sup>.

### 1. Las conminaciones penales

Las conminaciones penales tienen, en tanto no se haya producido un delito, una función exclusivamente preventivo-general. En este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente actúan el -escaso- efecto intimidador y el efecto de aprendizaje. Y es que el efecto de confianza y de pacificación recién pueden darse a partir de lo que resulte del proceso. La intimidación y la finalidad de aprendizaje exigen, por igual e incluso bajo el precio de dejar vacíos, tipos exactamente definidos y fáciles de entender. Aquí radica la estrecha relación entre el principio «nullum crimen sine lege» y la prevención general que ya FEUERBACH había resaltado<sup>172</sup>. Cuando el legislador actual con frecuencia ya no respeta de manera suficiente el principio de taxatividad, esto se debe a que la teoría de los fines de la pena se ha concentrado de manera muy unilateral en [a medición de la pena y en la ejecución de la pena.

Pero también se ve en las conminaciones penales cómo las necesidades preventivo-generales sobrepasan el campo de tareas del Dere-

<sup>(171)</sup> Esta «teoría de los escalones» (como la llama MüJ-Hi-DiET/) no la he inventado yo, pero ha sido reanimada en mi trabajo sobre «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe» (*JuS* 1966, p. 377 y ss., 381), igualmente en «Strafrechtliche Grundalgenprobleme», 1973, p. 112. Partiendo de esto, MüJ-iK-DiETZ ha continuado desarrollando, de manera extraordinariamente fructífera, la idea del «Strafen als Prozeß-Rechtsgüterschutz durch Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollzug» [Penar como un proceso -la protección de bienes jurídicos mediante la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de la pena-] en: «Gnmdfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems», 1979, p. 30 y ss.

<sup>(172)</sup> Más detalles al respecto en mi manual, igual que en la nota 1, § 5, n. marg. 22; 23 [4ta edición: *Ibidem*].

cho penal. Yesque, como es natural, no puede dejarse el aprendizaje < le reglas elementales de ética social a la mera lectura del Código penal. En una época en la que en gran medida no se produce la socialización, antes sobreentendida, dentro de la familia (debido a la desaparición de la gran familia y debido a la actividad laboral de ambos padres de familia), y en la cual a menudo tampoco existen ya o se han relajado los vínculos religiosos, recoger la escuela debe -como p. ej. ya hacen actualmente las grandes empresas económicas con sus trabajadores-, en mayor medida de lo que ha ocurrido hasta ahora, en su plan de aprendizaje la enseñanza de comportamientos socialmente competentes. Esto puede prevenir delitos de mejor manera que los esfuerzos posteriores de la ejecución penal, ya que ellos, con frecuencia, no son capaces de compensar los déficit sociales. Tengo que quedarme aquí en esta alusión; ella puede, sin embargo, mostrar que un programa amplio orientado en la prevención de delitos no debe limitarse al Derecho penal, sino tendría que ser concebido de manera interdisciplinaria.

### 2. La imposición de sanciones

Cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, en la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Y es que, cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica sólo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad.

Por el contrario, en los delitos leves y de mediana gravedad, que son de lejos la mayoría en la práctica, puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario por razones de prevención especial. Entonces, aquí, tal como he desarrollado al principio como consecuencia de mi teoría de los fines de la pena, la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en las posibilidades de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario. Yes que los delitos menores conmueven la paz social de manera comparati-

(i)inl>i<> <k- lii \_i corta de los fines de la pena

vamente leve, y una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia.

Entonces, en la imposición de sanciones influyen conjuntamente la prevención general y la prevención especial, sí bien lo hacen de una manera escalonada según la gravedad del delito.

3.

La ejecución de la pena

Por el contrario, en la ejecución de la pena, según una nueva concepción, debería buscarse solamente la resocialización<sup>91</sup>. Esto no es para nada un sobreentendido. Yes que en épocas anteriores se han querido alcanzar efectos preventivos precisamente mediante un rigor escalonado según la gravedad del delito, rigor que incluso llegaba a la crueldad de la ejecución penal. En la comprensión de que esto es falso radica un cambio muy importante en la teoría moderna de los fines de la pena. Yes que una ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conducta humanas y sociales que él necesita urgentemente.

En el sentido de la nueva orientación aquí necesaria, la Ley alemana de Ejecución Penal menciona expresamente como «finalidad de la ejecución penal» (en el art. 2): «En la ejecución de la pena privativa de libertad, el preso debe adquirir la capacidad de llevar, en el futuro, una vida bajo responsabilidad social y libre sin delitos». Si bien a continuación dice: «La ejecución de la privación de libertad también sirve para la protección de la generalidad frente a la comisión de nuevos delitos», esta cláusula preventivo-general describe solamente un efecto secundario de la privación de libertad y no una finalidad.

Ciertamente, debido a los déficit de realización ya mencionados y debido a los perjuicios de toda pena privativa de libertad, hasta ahora

<sup>(11)</sup> Esto ya lo había demostrado también MÜJ.KU-DIKT/, señalando el camino y recogiendo toda la literatura de entonces, en su trabajo «Strafzweck und Vollzugsziel», 1973.

Cambios di: la icuriii de ki-. Unes <lc la /tena

i se puede alcanzar, en la medida deseada, la finalidad de la ejecu-i mu penal. Esto ha llevado a que en Alemania, solamente en el 6 % de ludas las condenas se disponga el cumplimiento de una pena privativa i Ir libertad<sup>1200</sup> y que la resocialización sea practicada más evitando que ejecutando la privación de libertad. Pese a ello, es acertado e impor-i.uilc que se emprendan esfuerzos serios de resocialización precisa-tnt'iiu: para los presidiarios que cumplan condenas de larga duración. Nuestra Ley de ejecución penal exige por eso (en el art. 3) unaconfi-m n ación de la ejecución penal que ayude al prisionero a integrarse en l,i vida en libertad, que se opong a las consecuencias perjudiciales de l.i privación de libertad y que acerque, lo máximo posible, la vida i arcdaria a las relaciones generales de la vida.

Dado que también las sanciones no privativas de libertad deben ser configuradas de la manera más favorable posible a la resocialización a l l aves de una reforzada inclusión de la compensación entre el autor y la víctima, la reparación civil y el trabajo comunitario, se puede decir, resumiendo, que la teoría de los fines de la pena tiene que tomar en cuenta la dimensión temporal cíe la realización del Derecho penal. Esta dimensión temporal va desde la pura prevención general en las conminaciones penales, pasando por la vinculación entre prevención general y prevención especial al momento de imponer la sanción, hasta llegar a la clara preeminencia de la prevención especial en la ejecución de la pena y de las sanciones no privativas de libertad. Luego, también forma parte de los desarrollos modernos de la teoría de la pena, el cambio de los fines de la pena dentro del proceso de realización del Derecho penal que ha reemplazado a la rígida persistencia en ideas unilaterales sobre la finalidad de la pena.

V. EL AUTOR COMO PARTE ACTIVA EN LA REALIZACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA

También merecen una mención final las transformaciones de la teoría de los fines de la pena que se han producido a partir de la

<sup>(1200)</sup> La fundamentación del proyecto de ley mencionado en la nota 11 menciona esta cifra remitiéndose a las estadísticas de la persecución del delito de 1998.

posición del delincuente hacia el poder estatal. Durante siglos la pena era vista como algo que se «infligía» e «imponía» al autor, de tal manera que él solamente debía soportarlo pasivamente. Él era un mero objeto de influjos, sea que sirvieran estos a la retribución, al tratamiento preventivo-especial o a la influencia en la generalidad.

Aquí también se ha abierto paso un cambio que promete éxitos, sobre todo de carácter preventivo-especial, aunque también preventivo-general. Cuando volcamos nuestra mirada otra vez hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, vemos que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales. También en la ejecución penal se ha abandonado, entretanto, la idea de un tratamiento coercitivo, tal como se propagaba mucho internacionalmente todavía durante los primeros años de la Posguerra, tratamiento que debe ser la causa de algunos fracasos en la ejecución penal<sup>(21)</sup>. Yes que la mejor terapia carece de sentido cuando el delincuente se niega a ella. Los esfuerzos terapéuticos solamente pueden tener éxito cuando el prisionero libremente cooperase con el desarrollo resocializador de su personalidad. Por eso, también dice el art. 4, primer párrafo, de nuestra Ley de ejecución penal: «El prisionero coopera en la configuración de su tratamiento y en la consecución del objetivo de la ejecución penal. Se debe hacer surgir y promover su disposición hacia ello». Entonces, el condenado, tal como lo muestran las mencionadas regulaciones, ya no es un mero objeto de la punición, sino recibe más y más la oportunidad de convertirse en sujeto y co-diseñador de la realización sancionadora. El proceso de la punición ya no es exclusivamente un dictado soberano; él contiene ahora muchas ofertas dirigidas a la propia iniciativa del delincuente y así se convierte en una ayuda para la autoayuda.

<sup>(21)</sup> Al respecto, nuevamente -en relación con la ejecución penal- MÜLLER-DINRY, «Strafzwecke und Vollzugsziel», 1973. p. 9: «Si la (re) socialización presupone la cooperación del preso, no puede entonces **razonablemente** ser practicada sin o en contra de la voluntad de éste».

Cambios de la teoría de los fines de la pena

En esto hay, primeramente, un gran potencial preventivo-especial [en la medida en que en lo esencial, el contenido de esta finalidad de la pena es un. Y es que cuando p. ej. HEGEL criticaba la finalidad de la pena ilicita «la prevención especial el que con ella se trate al ser humano como si mi perro contra quien se levanta el paño<sup>(22)</sup>, esto ya no se puede...» (CMC)-cuando el autor, de manera autorresponsable, trabaja para sí mismo y para dar solución al conflicto social que ha generado su actividad. En esta manera, se le toma en serio como persona y recibe la influencia de poder, por su propio esfuerzo, dar un giro a su vida hacia adelante y mejor. Esto puede dar un impulso motivador a su resocialización, mismo que jamás podría obtener un delincuente sometido solamente a la influencia estatal.

Pero también tiene favorables efectos preventivo-generales el compromiso de un delincuente que se haya esforzado por reconciliarle con la víctima, que emprenda todos los esfuerzos para la reparación del daño, que preste trabajos en interés de la generalidad o que se mueva voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal. Y es que la generalidad ve en estas conductas que el delincuente busca retornar a la legalidad a través de acciones

- ilorresponsables. Esto sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la inserción social del delincuente.

#### VI. RESUMEN

Con ello llego al final de mi ponencia. Como resultado se tiene que la prevención especial y la prevención general, si bien dominan todavía en la teoría de los fines de la pena a través de los límites de la justa punición que es trazada mediante el principio de culpabilidad, no obstante, en la actualidad estos objetivos han encontrado un contenido mucho más rico y un campo de aplicación mucho más diferenciado que antes. Aquí se ha mostrado que, en contra de la tendencia del

<sup>(22)</sup> HEGEL, en su discusión con Feuerbach. Ver «Grundlinien der Philosophie des Rechts», 1821, citado según Moldenhauer/ Michel (eds.), «Werke in 20 Bänden», Francfort del Meno, 1970, tomo 7, p. 187 y ss.

Cambios de la teoría de los fines de la pena

momento, a la prevención especial le sigue correspondiendo un papel central en la teoría de los fines de la pena, mientras que la prevención general que actualmente ha pasado a primer plano, si bien también es importante, para la teoría de los fines de la pena tal importancia se ve relativizada por el hecho de que sus métodos y su campo de acción se encuentran mayormente fuera del Derecho penal. Por cierto que en esta pequeña contribución solamente puedo esbozar, a muy grandes rasgos, mi concepción de una moderna teoría de los fines de la pena. Para su elaboración dentro de un amplio programa de política criminal se necesitaría una cooperación penal internacional y también la ayuda de otras disciplinas científicas. Pero si uno preguntara por los padres espirituales de los desarrollos que aquí se han expuesto y defendido, se tendría que nombrar, entre los primeros, a Heinz MÜLLER-DIETZ.

## El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual (\*)

\*) Título original en alemán: «Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit», publicado en *ZStW* 116 (2004), número especial en homenaje a Hans-Heinrich Jescheck por su 90mo. cumpleaños. Ésta constituye una versión reelaborada del trabajo inicial que, como conferencia, fue expuesta en Lima en noviembre de 2004. Esta primera versión fue traducida por el colega y amigo peruano y sanmarquino José Amonio Caro John bajo el título «Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal» y ha sido publicada en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N- 5 (2004), p. 307 y ss. También hay una traducción autónoma del artículo realizada por mi discípulo sanmarquino (y discípulo del prof. Roxin) Raúl Pariona Arana, y que fue publicado en [cDial.com](http://cDial.com)-Biblioteca Jurídica Online, Argentina junio 2006.



I. «El bien jurídico es la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos» decía Hans-Heinrich JESCHECK<sup>(1)</sup>, el venerable homenajeado. A continuación voy a partir de esta frase sin tratar con más detalle el problema del concepto de bien jurídico<sup>2)</sup>. En el «arco de esta contribución voy a dejar abierta la cuestión de cómo deba definirse el concepto de bien jurídico, de si podría servir, criticando a la legislación vigente, para apoyar exigencias de política criminal. y *si* también existirían tipos que no protejan algún bien jurídico<sup>3)</sup>. Me limito a decir que, en todo caso, por regla general el injusto penal e presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (p. ej. de la vida, la integridad corporal, el patrimonio o también un bien jurídico de la generalidad como la moneda o la administración de justicia). En esto se basa también el ordenamiento legislativo<sup>4)</sup>, el cual en la parte general del Código penal clasifica los delitos, aunque no siempre de manera consecuente, según los diferentes bienes jurídicos protegidos.

El injusto penal como afección de bienes jurídicos; esto suena como algo trivial y sobreentendido. Pero no lo es cuando se descubre

<sup>1)</sup> JESCHECK/WEIGEND, «Lehrbuch des Strafrechts», Allg. Teil, 5ta. ed., 1996, p. 57.

<sup>2)</sup> Proporcionan un muy buen panorama sobre la discusión actual ÜTMJEHL/ VO\ HIRSCH/ WoHLEits fediiis.), «Die Rechtsgutstheorie», 2003.

<sup>3)</sup> Estoy preparando un trabajo para responder a estas cuestiones, las que, en el marco del tema aquí tratado, carecen de importancia,

<sup>4)</sup> Así también JESCHECK/WEIGEND, Allg. Teil, p. 259.

El Ljjiislo jienal en el canijio <k- li-nsiuas catre la priHomón di: lienes jurídicos y la liluTlaiJiiHjvifinal que otras teorías influyentes, que van a ser analizadas más adelante, enfocan al injusto en e] desvalor de la acción o una desobediencia a la validez normativa; es decir, precisamente renuncian al desvalor del resultado que se manifiesta en una afección de bienes jurídicos,

Del principio de bienes jurídicos se deriva, con cierta inevitabilidad, la teoría de la imputación objetiva, teoría a cuya moderna reanimación y desarrollo he contribuido, y la cual también es seguida por JESCHECK<sup>6)</sup>. Yes que, si el Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de los bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección a bienes jurídicos, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición. Entonces, las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos bajo la forma de la realización de un riesgo no permitido creado por los seres humanos.

**II.** De ahí que la teoría de la imputación objetiva consiga volcar el principio de protección de bienes jurídicos a las categorías dogmáticas y sistemáticas de la teoría del injusto. Pero ella consigue aún mucho más que eso. También realiza la tarea central de todo Estado de Derecho: el equilibrio entre los intereses estatales de seguridad y los intereses individuales de libertad. Cuando prevalecieran los intereses de seguridad se presentará un riesgo no permitido que, en caso de su realización, llevará a la imputación del resultado típico. En cambio, si prevalecieran los intereses individuales de libertad, el riesgo estará permitido y la imputación del resultado quedará excluida incluso en caso de realizarse el riesgo. Esto se puede demostrar, de la manera más fácil, con el ejemplo del tráfico rodado. Por un lado, el tráfico de automóviles alberga un riesgo para la vida, la salud y los bienes. Por otro lado, una prohibición de conducir automóviles restringiría demasiado la libertad de movimiento y la calidad de vida del ser humano moder-

<sup>6)</sup> Comp. mis primeros trabajos en el L.-H. a Honig, 1970, p. 133 (publicado también en « S trafrech tuche Grundlagcnprobleme», 1973, p. 123), así como en el L.-H. a Gallas, 1973, p. 241. Sobre la toma de posición de Jescheck, comp. JESCHECK/WEFGEND, Allg. Teil, p. 259.

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

no. Bajo una ponderación de estos puntos de vista resulta que, hasta i in la medida (caracterizada por la observancia de las reglas de tráfico Ijudas legalmente), tiene preponderancia el interés de la libertad individual de acción, pero también que el riesgo creado, que esté más ill i de este límite, está prohibido, y que las consecuencias lesivas para el bien jurídico que deriven de la realización de tal riesgo serán imputadas al causante como acción típica.

Se puede tomar arbitrariamente cualquier otro ejemplo para demostrar lo mismo. Así, el Tribunal Federal Alemán (TFA), en una sentencia publicada hace pocos meses, se ha ocupado de la cuestión <le si el médico de una clínica psiquiátrica habría cometido un homicidio culposo cuando hubiera permitido la salida sin vigilancia de un preso de alta peligrosidad, tras lo cual éste había cometido varios asesinatos<sup>7)</sup>. Aquí deben ponderarse, según las reglas de la imputación objetiva, el interés de seguridad de la generalidad frente al derecho terapéutico del paciente. Dado que, en el caso concreto, habían muchos indicadores<sup>7)</sup> del carácter de riesgo no-permitido que se corrió (la infracción contra disposiciones legales y la no-intervención del principio de confianza frente a una reconocible inclinación hacia el hecho) , deben imputarse al médico, como homicidios culposos, los asesinatos cometidos por el paciente.

La categoría central del injusto penal no es, entonces, como se había creído durante mucho tiempo, la causación del resultado o la finalidad de la acción humana, sino la realización de un riesgo no permitido. La causalidad constituye solamente una condición necesaria, pero no suficiente del injusto penal. Y esto solamente es así después de reconocer una causalidad de la omisión; en caso contrario, esta categoría se tendría que limitar a los delitos de comisión. Por el contrario, la finalidad solamente es un elemento del injusto doloso y no

<sup>6)</sup> He simplificado la descripción de los hechos. Más detalles en BGH StV 2004, p. 484, con comentarios de ROXIN, p. 485.

<sup>7)</sup> Comp. sobre estos indicadores en particular, ROXIN, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», tomo 1, 3ra. ed., 1997, § 24, n. marg. 14-38 [en la 4ta. ed. (2006), § 24, n. marg. 14-40].

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

de todo injusto. Y esto solamente es válido tras equiparar dolo con finalidad, lo cual puede dudarse en algunas formas de aparición del *dolus eventualis*.

Al entender el injusto como afección de bienes jurídicos a través de la realización de un riesgo no permitido se lleva a cabo, al mismo tiempo, un giro de lo óntico hacia lo normativo. La causalidad y la finalidad son categorías del ser que, desde la perspectiva de las teorías que se basan en ellas, decidirían, por sí solas, lo que, por ejemplo, es un homicidio, un daño o una lesión. Pero si se parte de la concepción aquí desarrollada, si bien todo «matar» -para quedarnos con este ejemplo- presupone un sustrato empírico, el que la causación de una muerte sea una «acción de matar» tiene que decidirse, a continuación, de manera normativa analizando si se ha respetado o infringido el riesgo permitido.

Y no solamente en la fijación del riesgo permitido, llevada a cabo ponderando valores, puede verificarse una normativización sino también en el hecho de que la realización del riesgo no permitido no es ningún suceso meramente fáctico, sino depende del fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido. Cuando, por ejemplo, un conductor ha manejado demasiado rápido pero luego ha reducido su velocidad al valor permitido, y si en ese momento atrepellara de manera objetivamente inevitable a un niño que repentinamente ha aparecido saltando detrás de un auto estacionado, esto es una tragedia pero no una acción de lesión. Y es que, si bien el conductor había sobrepasado el riesgo permitido, y aun cuando no se hubiera producido el accidente si no se hubiese presentado la infracción de tal riesgo (al respetar continuamente la velocidad permitida el conductor todavía no hubiera llegado al lugar en el que el niño saltó a la pista), el fin de protección de los límites de velocidad excluye pese a todo una imputación del resultado. El límite de velocidad no está destinado a impedir que los autos pasen con una velocidad correcta por un lugar de accidentes en el momento de los hechos. Más bien, quiere prevenir las escasas posibilidades de maniobras de desvío y la mayor violencia del choque ante una colisión que trae consigo el conducir a excesiva velocidad en tales casos. En mi ejemplo no existían estos peligros, de manera que debe rechazarse la tipicidad objetiva de una lesión corporal.

Aquí no puedo entrar en más detalles<sup>(M)</sup>, pero ya mis pocas explicaciones deben haber mostrado que la teoría de la imputación objetiva y su vinculación, de manera inmediata, con el principio de protección de bienes jurídicos, que esta teoría aclara de manera racional la finalidad de esta protección a través de un conjunto sutil de reglas y que NC limita a lo necesario por política social. Luego, en la constitución del injusto penal esta teoría rinde mucho más que categorías y reglas ilógicas y valorativamente ciegas, como la causalidad y la finalidad. Como laudat SCHROEDER<sup>(1)</sup> recientemente afirma que habría sido «la teoría de la imputación objetiva, la que ha ocupado el lugar de la teoría final de la acción, tan lo en lo relacionado con su importancia fundamental y (uno también por la atención que ha merecido en el extranjero)», esto no solamente tiene vigencia en cuanto a su resonancia internacional, sino también acierta objetivamente en destacar que la teoría de la imputación objetiva ha añadido una nueva dimensión a la teoría penal del injusto, pero recogiendo la determinación del injusto causal y final (U- las épocas precedentes.

Entonces, mi conclusión es que el injusto penal presupone la violación o puesta en peligro de un bien jurídico y que, sobre esta base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad. A continuación, voy a aclarar esto aún más analizando otras teorías del injusto.

**III.** Voy a comenzar con la teoría final de la acción en la versión moderada que le había dado su creador Hans WELZEL<sup>(10)</sup> y tal como ha sido desarrollada hasta ahora, sobre todo, por su discípulo HIRSCH<sup>(11)</sup>.

<sup>(M)</sup> Véase una exposición resumida de la teoría de la imputación objetiva en ROXIN, Allg. Teil, § 11, n. marg. 39 y ss. [4ta. ed. i § 11, n. marg. 44 y ss.]

<sup>(1)</sup> SCHROEDER, L.-H. a Androulakis, 2003, p. 651.

<sup>(10)</sup> La teoría de WELZEL, en su forma definitiva, es resumida en «Das deutsche Strafrecht», 1ra. ed., 1969.

<sup>(11)</sup> Aquí me refiero, en primera línea, a los tres últimos trabajos de HIRSCH en el L.-H. a Lenckner (1998, p. 119), el L.-H. a Spinellis (2001, p. 425) y el L.-H.

a Lampe (2003, p. 515).

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

Hablo de un «finalismo moderado» porque ambos autores, si bien otorgan una especial importancia, para el injusto penal, al desvalor de la acción que subyace en el objetivo que persigue el autor, se aferran a un concepto de bien jurídico<sup>141</sup> -aunque sin otorgarle un carácter crítico para la legislación vigente- y toman al desvalor de la acción y al desvalor del resultado (o sea, la afección del bien jurídico), por igual, como presupuestos del injusto. WELZEL<sup>(15)</sup> dice: «Es tarea del Derecho penal la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético-sociales del actuar». Ciertamente, él opina<sup>142</sup> que «a través del aseguramiento de los valores ético-sociales elementales del actuar» se podría «garantizar de manera más profunda y fuerte la protección de bienes jurídicos que a través de la sola idea de la protección de bienes». Pero la mayor importancia que se otorga con ello al desvalor de la acción solamente es aparente, pues, en última instancia, para WELZEL, la prohibición de determinadas acciones finales solamente es un medio para llegar al fin de la protección de bienes jurídicos. También HIRSCH<sup>151</sup> manifiesta que sería «realizable y necesario» un concepto de Derecho positivo del bien jurídico (o sea, uno que renuncie a criticar la legislación). Pero la escuela de WELZEL no ha conseguido vincular, de manera apropiada, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, así como tampoco ha logrado hacer comprensible la dimensión social del injusto limitando la protección de bienes jurídicos a impedir riesgos no permitidos. Al principio, WELZEL había visto este problema y había tratado de darle solución con ayuda del concepto de la adecuación social. Todavía en sus «Studien zum System des Strafrechts» [Estudios sobre el sistema del Derecho penal]<sup>161</sup> decía: «Todos los conceptos penales típicos, incluyendo los llamados conceptos descriptivos como

<sup>141</sup> Comp. WELZEL (como en la nota 10), p. 1 y ss.; HIRSCH, L.-H. a Spinellis, p. 436 y ss.

<sup>142</sup> WELZEL (como en la nota 10), p. 5. (H) WELZEL (como en la nota 10, p. 4. <sup>H</sup> HIRSCH, L.-H. a Spinellis, p. 444. <sup>151</sup> WELZEL, ZW58 (1939), p. 528.

96

1.1

al en el

campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual

«maldad», «lesionar», «dañar», entre otros, no constituyen conceptos jurídicos de lesiones causales al bien jurídico, sino ... conceptos cuyo contenido de sentido resulta de su función dentro de un todo social...». Sería un planteamiento erróneo de carácter fundamental el que la doctrina tradicional haya «reducido la acción típica a los casos de producción causal y que haga comenzar el mundo del significado jurídico-social ... recién con la cuestión de la antijuricidad»<sup>171</sup>.

En consecuencia, aquellos hechos que no constituyan ningún riesgo jurídicamente relevante o que representen un riesgo permitido no podrían haber podido excluirse del tipo por ser socialmente admitidos; y así es como efectivamente, al principio, WELZEL había dado solución a tales casos<sup>(17)</sup>. Solamente hubiera faltado con desmenuzar el difuso concepto de la adecuación social y colocar las partes dentro de los criterios precisos de la imputación objetiva para integrar, dentro de una moderna teoría del injusto, la relación conflictiva entre los intereses de protección y de libertad. Por eso CANCIO MELIÁ se opone, con razón<sup>19</sup>, a la tesis de que «las conclusiones de la teoría final de la acción no sean compatibles con la imputación objetiva». Se encontraría «en el concepto de la adecuación social incluso el planteamiento | «para el desarrollo de una teoría de la imputación objetiva». Ya antes<sup>(10)</sup>, yo mismo también había calificado la mayoría de las formas de aparición de conductas adecuadas socialmente como casos de una falta de imputabilidad objetiva.

Pero en la Posguerra WELZEL abandonó esta vía del finalismo «social» y cambió el curso hacia una finalidad de «las leyes del ser», la cual solamente abarcaba la sobreterminación de cursos causales sin considerar valoración alguna. A partir de entonces, la finalidad era para él «un concepto ontológico tan igual como la causalidad»<sup>(1)</sup> y -decía-

WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 516.

<sup>17</sup> Conip. CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, p. 179; ROXIN, L.H. para Androulakis, 2003, p. 633.

<sup>19</sup> CAMERON, *GA* 1995, p. 180.

<sup>10</sup> ROXIN, L.-H. a Klug, tomo II, 1983, p. 303.

<sup>1</sup> WELZEL, «Um die finale Handlungslehre», 1959, p. 7.

97

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

habría sido posible «desarrollar toda la teoría de la acción final» ya a partir del fenómeno constatado en el momento en que «el primer hombre utilizó una piedra como instrumento». Apenas puede expresarse de una manera más clara la exclusión de todo el mundo social del tipo objetivo, y por tanto tampoco sorprende que la adecuación social haya sido vista durante diez años solamente como causa de justificación (y<sup>3</sup>), y que, incluso después de reintegrarse en el tipo dentro del sistema de WELZEL, no haya vuelto a tener mayor importancia.

El caso poco realista, aunque teóricamente ilustrativo, de que alguien «envíe al bosque otro ante una tormenta inminente esperando que éste sea alcanzado por un rayo» era solucionado ahora por WELZEL (y<sup>3</sup>) admitiendo la tipicidad objetiva (reducida a la pura causalidad) del homicidio, pero afirmando que faltaría el dolo del autor pues solamente se habría presentado una esperanza o un deseo de algo, mas no una voluntad de realización. Pero en realidad ya se había completado el tipo objetivo, tal como el mismo WELZEL había reconocido en su fase de finalismo social cuando rechazaba un homicidio por la adecuación social de la conducta del autor (ÍM). Esto era menos erróneo que su solución posterior. Pero la fundamentación más exacta hubiera tenido que decir que el actor no había creado ningún riesgo jurídicamente relevante y que, por ese motivo, el resultado no le sería imputable a él como una acción de homicidio.

WELZEL también vio ciertamente el problema en el riesgo permitido pero, después de reducir el tipo objetivo a la causalidad, ya no pudo trabajarlo dogmáticamente. Así, dice él (2<sup>1</sup>), en relación con el tráfico rodado, con cuyo ejemplo he explicado más arriba la idea fundamental de la imputación objetiva: «El Derecho penal ofrece protec-

[22] Wi-:i7F,i., «Das Deutsche Strafrecht», de la 4ta. ed. (1954) hasta la 8va. ed. (1963).

'-31 VVio/m. (como en la nota 10), p. 66.

(Í4) WI.UKI. (como en la nota 16), p. 517. Al respecto, CANCioMtuÁ, GA 1995, p. 179 y s.

'-"" WKL/KI. (tomo en la nota 10), p. 5.

l:,l injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual

<ión a los bienes jurídicos ante posibles lesiones; sin embargo no lo luce de manera absoluta, pues todo bien jurídico tiene que ser empicado todos los días de la vida social y, con ello hasta cierto punto, lidie que ser puesto en peligro (¡recuérdese solamente elapreciable grado de peligro no prohibido que la vida corre bajo el tráfico moder-i K»!). Este es el entendimiento correcto. Pero su formulación encon-11 -píos jurídicos solamente hubiera sido posible con ayuda de la teoría de la imputación objetiva que WELZEL todavía desconocía.

Y hasta el día de hoy presenta esta carencia el finalismo seguidor dr la tradición welzeliana. HIRSCH, el más destacado defensor de esta línea, después de rechazar totalmente al principio la teoría de la imputación objetiva<sup>61</sup>, ha reconocido en sus últimos trabajos<sup>127</sup> que esta Concepción determina de manera acertada la magnitud de la protección de los bienes jurídicos en la imprudencia. Ahora dice: «En los delitos imprudentes, en lo referido a la relación de condicionalidad mire acción y resultado, la teoría de la imputación objetiva tiene un campo de aplicación justificado» (28). En su más reciente opinión<sup>11</sup> describe de manera acertada el moderno desarrollo de la teoría de la imputación: «En lo referido a la relación de antijuricidad en los delitos imprudentes ... la teoría de Roxin se acopla...también, como concep-lode imputación, al sistema welzeliano».

En los delitos dolosos<sup>1</sup>, por cierto, HIRSCH sigue sin admitir la imputación objetiva. Ciertamente, para la solución del «caso de la tormenta», tratado por Welzel y ya mencionado arriba, HIRSCH ya no niega

[3B1 JAKOBS escribe en el L.-H. a Hirsch (1999, p. 45, con referencias bibliográficas) que HIRSCH consideraría csia teoría «falsa, en una parte, y superflua, en i'l resto».

<a7> HIRSCH, L.-H. a Lenckner, p. 119; el mismo autor en L.-H. a Lampe, p. 515.

(5m HIHSCH, L.-H. a Lampe, p. 523.

<-H> HIRSCH, ZStWllQ (2004), p, 1, 9.

(3(" Comp. sobre este tema, desde la perspectiva finalista, Armin KAI.TMANN, L.-H. a Jesbeck, tomo I, 1985, p. 251; críticamente al

respecto, Roxix, Libro-Commemorativo a Armin Kaufmann, 1989, p. 237.

99

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

el dolo sino niega que se haya presentado una acción de tentativa<sup>311</sup>. «La razón de esto» -dice el- «está en que la acción exige el dominio del curso causal que aquélla incluye. Si se dejara la producción concreta del resultado al azar situado fuera del poder de dirección del autor, entonces no se presenta, desde el principio, una acción dirigida a la realización del resultado». Pero este déficit de dirección -de la forma como lo expone HIRSCH- no es consecuencia de una falta de finalidad, sino solamente consecuencia de la mínima peligrosidad objetiva de la acción del autor, lo cual excluye ya una imputación del resultado al upo objetivo<sup>321</sup>.

De todo esto resulta que el finalismo fundado en la protección de bienes jurídicos y, en este sentido, de corte moderado, solamente podría desarrollar una fructífera teoría del injusto si recogiera el equilibrio de intereses sociales en el cual se basa toda prohibición, y si lo trabajara con ayuda de la teoría de la imputación objetiva. Para ello existían desde el principio, y todavía existen, algunos planteamientos dentro del marco del finalismo. Pero ellos fueron opacados por la obsesión en una estructura finalista ontológica y nunca pudieron desplegarse plenamente. Aquí está la razón de la caída del finalismo en la moderna dogmática penal.

**IV.** Una orientación subjetivo-monista<sup>31</sup> de la teoría final de la acción ve el injusto de los delitos dolosos e imprudentes únicamente en el desvalor de la acción y niega importancia, para el injusto, a la producción efectiva de la afección al bien jurídico. Ella se remonta a Armin KAUFMANN<sup>341</sup> y fue continuada después sobre todo por sus discípulos ZITLINSKI<sup>3</sup> y

<sup>1311</sup> HIRSCH, L.-H. a Lenckner, p. 135 (ver también aquí las citas que vienen enseguida).

<sup>132</sup> La «insostenibilidad de la crítica finalista» es expuesta detalladamente por FRISCH en el L.-H. a Roxin, 2001, p. 213, 216 y ss.; el mismo autor en GA 2003, p. 719, 731 y ss.; «La crítica de los finalistas a la imputación objetiva no merece aplauso». Comp. también S<H/M;MA\S, GA 1998, p. 207, 227 y ss.

<sup>135</sup> Recojo aquí la expresión de KIRSCH, L.-H, a Lampe, p. 521, nota 23.

<sup>1311</sup> Así compárese solamente su trabajo en el L.-H. a WELZKL, 1974, p. 393.

<sup>9ml</sup> ZIKUNSKI, «Hancüungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff», 1973.

100

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

SANCINETTI<sup>sei</sup>. Con esta orientación, en el delito doloso se llega a afirmar que el hecho habría concluido con la tentativa acabada (de manera más exacta: «cuando el autor haya asumido la posibilidad de perder el control para impedir la consumación»<sup>137i</sup>). Luego, se ve «en el final de la tentativa también el final del hecho punible»<sup>3K</sup>. En los delitos culposos importa solamente la conducta defectuosa del autor (el desvalor de la acción), mientras que el resultado queda fuera del injusto. «El injusto del delito imprudente», dice Armin KAUFMANN<sup>31</sup>), «es fundamentado solamente a través de la presencia de la lesión del cuidado y la falta, de causas de justificación... La producción del resultado no es una condición necesaria ... de la ilicitud o de la ilijuricidad, sino una condición de punibilidad». Esta doctrina significa una radicalización de la concepción finalista, pues convierte al desvalor de la acción, descubierto por el finalismo, en el único pilar del injusto. En esto se formula una posición opuesta a la concepción aquí defendida: el delito es entendido como infracción de la norma y no como afección de bienes jurídicos. Así, deviene supérflua una teoría de la imputación objetiva pues no hay resultados que imputar.

Esta orientación subjetivo-monista no ha podido imponerse en Alemania<sup>1401</sup>. Incluso un finalista como HIRSCH la califica de Derecho penal de la actitud interna contrario al Estado de Derecho<sup>41</sup>. Esto es

<sup>31i</sup> SANCINETTI, «Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch», 1995. Para una introducción en los postulados de SANCINETTI es muy apropiada su obra en edición bilingüe (alemán y español) «Dogmatik der Straftat und Strafgesetz» [Dogmática del hecho punible y ley penal], 2003.

<sup>137i</sup> SANCINETTI, «Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch», 1995, p. 281.

<sup>38</sup> SANCINETTI (como en la nota 37), p. 282.

<sup>3H</sup> Armin KAUFMANN, L.-H. a Jescheck, p. 410 y s.

<sup>1401</sup> La crítica más minuciosa proviene de MYLONOPOLLOS en «Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht», 1981. Más refs. sobre las voces contrarias (entre las que se encuentra JAKOUS), en Roxin, Allg. Teil I, § 10, n. marg. 88 y ss. (96, nota 141) [4ta. ed.: ibidem (n. marg. 96, nota 145)]. Rechazando con tu *nd* amen te esta teoría también JESCHECK/WEIGENIJ, Allg. Teil, p. 239 y s., en donde se cita una serie de otros seguidores de la orientación subjetivo-monista.

101

til Injusto penal

n de tensiones éntrela protección de bienes jurídicos *yn* liltcitail individual

exagerado ya que, después de todo, en el desvalor de la acción se manifiesta una lesión a la norma; y eso es más que una simple manifestación de la actitud interna. Por lo demás, la relación de esta concepción con nuestro tema, así como la importancia científica de sus defensores justifican que sea analizada.

La concepción subjetivista se apoya, sobre todo, en dos argumentos. En primer lugar, el Derecho no estaría en capacidad de prohibir resultados sino solamente acciones; y en segundo lugar, el centrarse en el resultado implicaría una inaceptable responsabilidad por el azar porque no dependería del autor el que una tentativa acabada o una conducta imprudente lleven a la afección de un bien jurídico. Sin embargo, ambos argumentos no son sólidos. Yes que si bien uno no puede prohibir resultados como acontecimientos puramente causales, sí puede hacerlo en el sentido de la realización de riesgos no permitidos. Se corresponde con el uso idiomático común que, por ejemplo, se prohíba matar y no solamente las acciones dirigidas a matar o las que sean idóneas para su producción imprudente. Y el resultado tampoco es una casualidad, sino obra del autor cuando su realización armonice con las reglas de la imputación objetiva. Por cierto que sí es correcto que el resultado pueda no producirse de manera más o menos casual en la tentativa frustrada y en la imprudencia sin resultado. Pero esto no obliga al legislador a penar estos casos de igual manera que cuando se produce el resultado.

La crítica decisiva contra la teoría subjetivista le reprocha colocar el injusto penal únicamente en la representación del autor -que posiblemente sea incluso errónea-, desconectándolo por completo de su dimensión social y del equilibrio entre intereses de protección e intereses de libertad. Si, por ejemplo, más allá de los delitos de peligro se tratara toda imprudencia carente de resultados de igual manera que los homicidios o lesiones imprudentes verdaderamente realizados, esto llevaría a una sobrecriminalización que restringiría la libertad de los ciudadanos en una medida mayor de lo socialmente necesario. Y, en contra de lo que quiere esta concepción radicalmente subjetiva del injusto, tampoco se tendrá necesariamente que penar la tentativa acabada como hecho consumado sino se deberá conceder al legislador, tal como ha hecho el Código penal alemán (art. 23, segun-

Il injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la Libertad individual < li i párrafo StGB), el derecho a prescribir una atenuación facultativa <Ir la pena (en tanto la tentativa sea en absoluto punible). Yes que a menudo una tentativa acabada se frustra debido a que tiene una menor energía criminal en relación con una ejecución exitosa. Además, |im sus efectos sociales es algo esencialmente diferente que -en el ejemplo de los delitos contra la vida- un ser humano muerto sea el icsukado de la acción del autor o que tal perjuicio no se produzca. (ion razón, dice MYLONOPOULUS<sup>(42)</sup>>, en relación con la doctrina aquí 11 i i |cada: «una acción es recién accesible a una valoración penal cuando pueda ser evaluada en el espacio social en cuanto a su sentido social». Y, en el mismo con texto, JAKOBS<sup>(43)</sup> enfatiza: «Lo que importa no es la significación individual sino la significación social de la conducta, y ésta no puede leerse en la cabeza del autor».

Precisamente SANCINETTI, en la actualidad probablemente el más decidido defensor de una concepción subjetivista del injusto, mues-tia, en su última publicación, lo atinado de estas objeciones. Allí, sí bien él considera la posibilidad<sup>1441</sup>, consecuente con su teoría, de convertir «todas las formas posibles de imprudencia en delitos dolosos de I x'ligro abstracto», declara a continuación que, por razones del principio de proporcionalidad y de ultima ratio, sí tiene sentido hacer que la punición de la imprudencia dependa de la producción del resultado, «ya que, en caso contrario, el Estado tendría enormes posibilidades de injerencia si -pese a no haberse producido el resultado- pudiera ha-eer indagaciones con motivo de cualquier conducta imprudente posible del ciudadano...». A través de la limitación de la punibilidad a la producción del resultado «se obtendría la ganancia de que el Estado no se inmiscuya en una enorme cantidad de acciones de la vida cotidiana y asfixie al ciudadano».

<sup>1411</sup> KIRSCH, L.-H. a Lüderssen, 2002, p. 253, 257; el mismo autor, L.-H. a lampe, p. 521.

<sup>142</sup> MYLOXOKH'LQS (como en la nota 40), p. 129.

<sup>143</sup> JAKOBS, «Strafrecht, Allg. Teil», 2da. ed., 1991, cap. 6, n. marg. 73,

<sup>1441</sup> SANCINETTI, «Dogmatik der Straftat und Strafgesetz». 2003. p. 134. 136.

Aquí, en contra del punto de partida de la propia doctrina de SANCINETTI, se reconoce la relación de tensión que existe entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual (relación sobre la cual está construida mi propia teoría) y se la toma como base de la decisión. Ciertamente, SANCINETTI cree poder sostener la teoría subjetivista del injusto atribuyendo a la producción del resultado en la imprudencia una función «selectiva» y no una función «constitutiva». Pero, en realidad, se ve que no es seriamente realizable una teoría del injusto que renuncie a la afección de bienes jurídicos. Tampoco es eso posible bajo la forma de considerar al resultado, en los delitos imprudentes o en la tentativa acabada, como condición objetiva de punibilidad. Yes que, de cualquier modo, el resultado tiene que poder ser imputable al autor como acción típica consumada de homicidio, lesiones o cualquier otra; y eso solamente es posible en una categoría sistemática del injusto.

V. Para finalizar quiero decir todavía algunas palabras sobre la teoría del injusto de JAKOBS. Este autor se acerca a la concepción aquí defendida porque, a diferencia de las otras dos corrientes finalistas, no solamente incluye al resultado dentro del injusto sino también vincula acción y resultado según las reglas de la imputación objetiva<sup>47</sup> y, como ya ha sido señalado, otorga una importancia decisiva a la significación social de la conducta, la cual no se desprende solamente de la finalidad. El dice que, en una correcta configuración del tipo, «la consumación ... (habría sido) fijada con la lesión de un bien»<sup>46</sup>.

Hasta aquí todo está bien y es correcto. Pero, ¿cómo se compagina esta teoría del injusto con la concepción de la pena de JAKOBS? Según esta última, el Derecho penal no debe proteger bienes jurídicos sino la vigencia de la norma<sup>171</sup>. Si el hecho punible consistiera únicamente en que el autor desobedece la norma, de ello resultaría la

<sup>46</sup> JAKOBS, AJIg. Teil, cap. 7, n. marg. 35 yss.; en este contexto no importan las diferencias de detalle.

<sup>m</sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 6, n. marg. 73,

<sup>47</sup> Solamente remito aquí a la última exposición de esta concepción por JAKOBS en e] L.-H. a Saito, 2003, p. 17.

!";[ injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual]

consecuencia de que el injusto se tendría que agotar con el desvalor <lc la acción; luego, si JAKOBS hubiera sido consecuente en la realización de su teoría de los fines de la pena, hubiera tenido que seguir el concepto subjetivo-monista del injusto que defiende la escuela de Ai min KAUFMANN. Y esta es también la tesis de SANCINETTI<sup>48</sup>. Este autor habla de una «incongruencia que resulta de que, por un lado, es rechazada la teoría de lesión de bienes jurídicos -reemplazándola... por la desobediencia de la norma-y, simultáneamente, se toma como presupuesto del injusto consumado a la efectiva lesión de un objeto del bien jurídico».

La tesis que sostiene que aquí se presentaría una contradicción -por lo menos aparente- en los fundamentos de la concepción jakobsiana de la pena, puede ser reforzada fácilmente mediante citas. Así, dice JAKOBS<sup>49</sup> que «el no-reconocimiento de la vigencia normativa» sería aquello «ante lo cual el Derecho penal... reacciona. Esto es, por lo tanto, el resultado específicamente penal». «El no-reconocimiento de la vigencia normativa puede perfeccionarse sin que se presente un resultado delictivo exterior». «Hablar de desvalor de la acción y desvalor del resultado» sería «inapropiado para comprender aquello que importa: el no-reconocimiento de la validez normativa a través de la expresión de sentido de una persona». Sí, como consecuencia de esto, el «resultado» de la acción punible consiste en el no-reconocimiento de la norma, esto podría ser suscrito también por cualquier representante de la teoría subjetivo-monista del injusto. Centrarse en tal resultado sería, dice SANCINETTI<sup>50</sup>, «un puro cambio de denominación sin la más mínima modificación de contenido» frente a la teoría puramente subjetivista del injusto.

Por cierto que JAKOBS ha visto claramente la dificultad que se presenta, en este punto, para la consistencia de su concepción y trata de eludirla exigiendo, para la desobediencia de la vigencia normativa

<sup>48</sup> SANCINETTI (como en la nota 37), p. 19.

<sup>49</sup> Las tres citas provienen de JAKOBS [traducción libre], «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», 1992, p. 34 y s.

<sup>50</sup> SANCINETTI (como en la nota 37) [traducción libre], p. 22.



El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual que constituiría el hecho punible, una «objetivización» en el sentido de una «significación» suficiente. El «no-reconocer la validez de la norma» necesitaría «siempre una objetivización como suceso comunicativo...»<sup>311</sup>. Sería necesario «un acontecimiento significativo para el quebrantamiento de la norma»<sup>(3a)</sup>, y en esto «el hecho consumado (tendría) necesariamente más significancia» en relación con el hecho intentado ...como consecuencia de la lesión de bienes; «Hasta ahora no se ha fundamentado por qué precisamente esta circunstancia deba ser irrelevante para el injusto, en tanto se trate de un injusto que presente un aspecto externo».

Pero a mí me parece dudoso que esto sea compatible con el punto de partida de JAKOBS que reemplaza la protección de bienes jurídicos con la protección de la vigencia de normas. Naturalmente, es correcto que una desobediencia a la norma como algo puramente interno deba ser irrelevante para el Derecho penal, cualquier otra opción implicaría un Derecho penal de la actitud interna. Pero ya el desvalor de la acción es una objetivización que podría regir como un injusto completo si éste solamente existiera como quebrantamiento de la norma. Por otro lado, si en los hechos consumados, por regla general, sólo una imputable «lesión de bienes» es un «acontecimiento significativo para el quebrantamiento de la norma», entonces el injusto, en realidad, sí consiste en una afcción de bienes jurídicos, y la tesis de JAKOBS de que el Derecho penal protegería la «vigencia de la norma» y no «bienes jurídicos» no sería más que una discusión sobre términos.

Sin embargo, la supresión de la afcción de bienes jurídicos, que en los delitos consumados solamente es posible de manera muy rebuscada mediante la reinterpretación de la lesión como condición para la significancia del quebrantamiento de la norma, vuelve a cobrar validez cuando JAKOBS trata de explicar la tentativa. «El fundamento penal de la tentativa» es, para él, «el que un quebrantamiento de la norma se convierta en una forma de expresión»<sup>^2></sup>. «Así como... el delito no es,

<sup>(H)</sup> JAKOBS, L.-H. a Saito, p. 35.

<sup>(S-)</sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 6, n. marg. 73 [traducción libre].

<sup><SS></sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 25, n. marg. 21.

El mil

l en el campo

de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual

de manera primaria, el lesionar bienes, sino lesionar la vigencia de la norma, así la tentativa del delito tampoco puede, primariamente, ser comprendida a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la vigencia lesionada de la norma», afirma JAKOBS<sup><54></sup>, para quien «el fundamento de la tentativa ... es exactamente el mismo que el de la consumación». La tentativa y la consumación significan, entonces, por igual «un ataque perfecto a la vigencia de la norma»<sup>\*351</sup>.

Esta concepción resulta demasiado subjetivista para quien tome como núcleo del injusto a la afcción de bienes jurídicos, tal como sucede con la opinión aquí defendida. Yo veo el fundamento penal de la tentativa, en primer lugar, en la puesta en peligro de bienes jurídicos<sup>\*561</sup>. De esta manera puede comprenderse, como una escala según la magnitud del injusto, la escala legal entre la pena plena por consumación, la punición atenuada por tentativa y la impunidad de los actos preparatorios, mientras que esto no llega a ser explicable al postular un injusto totalmente idéntico. Cuando JAKOBS califica a la tentativa como el «quebrantamiento expresivo y cercano al tipo de la norma»<sup>\*n7i</sup>, la exigencia adicional de una cercanía al tipo puede bien estar objetivamente justificada, pero la cercanía al tipo no designa otra cosa que la aguda puesta en peligro del bien jurídico protegido y, con ello, va más allá de la mera expresividad del quebrantamiento a la norma. Con esto se muestra aquí también una oscilación entre fundamentación objetiva y subjetiva del injusto que ya se había visto en el delito consumado.

Con el principio aquí defendido de la puesta en peligro de bienes jurídicos -una forma de afcción menor del bien jurídico- se puede también explicar la tentativa inidónea. Y es que también ésta (desde una correcta perspectiva ex-ante) es por regla general peligrosa<sup>(58)</sup>.

<sup>(54)</sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 25, n. marg. 15. <sup><SS></sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 25, n. marg. 17.

<sup>156)</sup> Comp. al respecto, detalladamente, ROXIN, Allg. Teil, tomo II, 2003, 29, n. marg. 9yss.

<sup>1-)</sup> JAKOBS, Allg. Teil, cap. 25, n. marg. 21.

<sup><SS)</sup> Más detalles al respecto en HIBSCH, L.-H. a Roxin, 2001, p. 711.

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

Cuando un ordenamiento jurídico castiga, incluso más allá de esto, aquella tentativa que, desde el principio, era inocua (tal como hace el Código penal alemán, aunque de forma restringida<sup>1TM1</sup>}, esto es una anomalía que no puede ser compatible con el principio de protección de bienes jurídicos y que debe ser derogada<sup>TM1</sup>.

La cuestión de si el injusto penal es o no una afeción de bienes jurídicos también influye en el problema del llamado conocimiento especial<sup>1TM1</sup>. JAKOBS<sup>TM1</sup> construye el caso de que «un estudiante de biología que trabaja como mozo ayudante y que, gracias a los conocimientos adquiridos en sus estudios universitarios, descubre una fruta venenosa en una ensalada exótica, pero que a pesar de todo sirve la ensalada». ¿El estudiante habría cometido un homicidio doloso cuando el comensal hubiera muerto a causa de la ensalada? Si se ve la tarca del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos, no puede haber dudas de ello<sup>1631</sup>: el estudiante, al servir la ensalada venenosa ha creado un riesgo mortal para la vida del comensal, riesgo que además se ha realizado en el resultado. No obstante, JAKOBS admite un ataque a la vigencia de la norma, que para él es lo decisivo, solamente cuando alguien hubiera atentado contra las exigencias del rol social en el cual actúe. Dado que el estudiante de biología actúa como mozo, no tiene que aportar su conocimiento universitario a este rol, de manera que, según su concepción, no se presentaría ningún homicidio. Pero esta no me parece que sea una solución convincente<sup>(fr4)</sup>. Yes que ya al

<sup>TM1</sup>> Arts. 22 y 23, tercer párrafo, del StüB.

<sup>1631</sup> También JESCHECK<sup>3K/WEK1END</sup> (AJlg. Teil, p. 532) enfatúan que «en estos casos, en el fondo, debe negarse que exista una necesidad de pena».

(6i) Al respecto, sentando las bases, [AKOBS, L.-H. a Armin Kaufmann, 1989, p. 270; GKI-CO, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung - über das 'Problem' des Sonderwissens» (próximamente en *ZStWHT*, 2005) [n. d. t.: el artículo apareció en el lugar indicado, p. 519 y ss.]

<sup>1</sup> JAKOBS, Libro Conmemorativo a Armin Kaufmann, p. 273 [traducción libre].

<sup>TM1</sup>> También JAKOBS lo ve así (como en la nota 61), p. 273.

<sup>1641</sup> No es posible, en el reducido espacio disponible, analizar cada uno de los argumentos de JAKOBS. Pero esto se puede encontrar con todo detalle en GKKCO (como en la nota 61).

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

í observar los correspondientes tipos se muestra que el Derecho penal ve; la protección de la vida humana como una de sus tareas principales. Sí bien esta protección se ve restringida y concretada de manera localmente apropiada por derechos reconocidos en situaciones de emergencia y reglas de imputación, no se entiende qué interés podría haber en no calificar como un homicidio doloso a aquel que hubiera ocurrido de manera totalmente innecesaria y que era fácilmente evitable.

VI. Con esto llego al final de mi ponencia. En conclusión, puedo afirmar que la protección de bienes jurídicos no solamente designa la Urca del Derecho penal, sino también domina la sistemática de su Icoria del injusto. El Derecho penal protege al bien jurídico, en el marco del alcance de sus tipos, contra riesgos no permitidos. Por ello, la protección de bienes jurídicos y la teoría de la imputación objetiva son componentes indisolubles de una materia de prohibición que incluya procesos sociales de ponderación. Tal como debe haber mos-l rudo mi análisis, aquellas teorías del injusto que consideren a la imputación objetiva como una teoría errónea, que limiten el injusto al desvalor de la acción, o que quieran renunciar por completo a la protección de bienes jurídicos, de todos modos tendrán que hacer considerables concesiones a la teoría aquí defendida y, a pesar de todo, »seguirán siendo insuficientes en muchos aspectos. Con esto culmino mi contribución saludando cariñosamente, por su 90mo. cumpleaños, a Hans-Heinrich JESCHECK, con quien he trabajado de manera fructífera durante décadas en el Consejo Consultivo especializado del Instituto Max Planck y en el gremio de editores de la *'ZStW* (Revista de todas las Ciencias Penales), Él siempre ha sido para mí un modelo, en lo científico y como colega. Él es un pionero del Derecho penal internacional y del Derecho comparado, pero también un gran dogmático penal, lo que es demostrado no solamente por su representativo «Tratado de la parte general del Derecho penal». En la Posguerra ha contribuido considerablemente a que la ciencia penal alemana recobre su validez internacional. El presente trabajo habrá, por lo demás, mostrado que me encuentro consciente de las coincidencias que tengo con él en cuestiones fundamentales y esenciales de la parte general de la doctrina penal. ¡Ad muchos años!

# Observaciones a la prohibición de regreso»<sup>(ii)</sup>

\*' N. d. T.: artículo publicado en el *L.-H. a Herbert Tröndle*, Berlín 1989, pp. 177-200.  
Título original en alemán: «Bemerkungen zum Regrefk'erboi».

## I. LAS TEORÍAS ANTIGUAS

La teoría de la prohibición de regreso dice que es impune la cooperación culposa en una realización dolosa y plenamente responsable del tipo: según esta teoría, no responde penalmente por homicidio culposo quien deja por ahí un revólver cargado o un cuchillo, con los cuales alguien mata dolosamente a otro. Si se le permite dilucidar la idea de algunas conocidas sentencias, tampoco sería culpable de un homicidio culposo, bajo una prohibición de regreso irrestricta, quien hace construir «un departamento gravemente expuesto al fuego», cuyos ocupantes resultan después víctimas de un incendio doloso (RG, colección penal, tomo 61, p. 318 y ss.). También sería impune la amante de un hombre casado que, bajo circunstancias sospechosas, procura veneno a éste, con el cual mata a su esposa (RG, colección penal, tomo 64, p. 370 y ss.), o quien «a través de expresiones no meditadas sobre lo 'deseable' que sería un incendio, anima a su interlocutor a cometer el incendio» (en este sentido la sentencia suiza BGE 105 IV, p. 330 y ss.)<sup>(1)</sup>. Esta doctrina tiene una antigua tradición, sin embargo, sus fundamentos originarios son hoy en día totalmente obsoletos<sup>(al)</sup>.

Anteriormente era muy defendida la concepción de que la relación causal se vería «interrumpida» por la intermediación de un autor

<sup>(1)</sup> La sentencia está impresa en la reciente monografía de WEHRLE sobre el tema, «*Fakrh'issigK Betätigung nm Vorsatzdelikt - Regrebot?*», 1986, pp. 126 y ss.

<sup>(2)</sup> Por eso se puede renunciar a una exposición histórica más detallada; WKUHU: provee referencias bibliográficas provenientes de la literatura más antigua; ver nota 1.

## Observaciones a la «prohibición (le regresa)»

que actúa dolosa y culpablemente. Pero ella no puede armonizar con la teoría de la equivalencia (ni tampoco con cualquier otro entendimiento de la causalidad), y ya ha sido rechazada por el Tribunal del Reich en las ejecutorias mencionadas (RG, colección penal, tomo 61, p. 318 y ss.; tomo 64, p. 370 y ss.): una relación de condiciones (así como cualquier otra relación causal) se da o no se da. Pero cuando se da (porque p. ej. recién la conducta descuidada del primer actuante ha posibilitado el hecho doloso del segundo actuante), entonces, es imposible admitir mentalmente una «interrupción».

El segundo argumento tradicional, según el cual se trataría de una participación impune debido a que el legislador solamente habría querido penar la participación dolosa como instigación o complicidad, presupone erróneamente que en los delitos culposos de resultado sería absolutamente posible una diferenciación entre autoría y participación. Esto es incorrecto, pues los criterios de autoría (sea que se la vea solamente en el dominio del hecho o en la voluntad del autor), al igual que las definiciones legales de la instigación y de la complicidad (arts. 26, 27 C. P. alemán), están hechas a la medida de los delitos dolosos y no pueden ser trasladadas a los hechos culposos. Tal como el tenor de la ley evidencia (arts. 222 [homicidio culposo], 230 [lesiones culposas] C. P. alemán), el legislador sanciona penalmente, en los delitos puros de resultado, la causación culposa como tal y no permite reconocer por ningún lado que quiera excluir de responsabilidad penal determinadas causaciones culposas bajo el punto de vista de la «participación».

El tercer argumento proviene de FRANK<sup>(1)</sup>, quien también ha acuñado el concepto de «prohibición de regreso». Este autor encuentra un «reconocimiento positivo jurídico» de la prohibición de regreso en el art. 26 [inducción] C. P., «pues en caso contrario el instigador sería simplemente un autor. Pero la peculiaridad de las condiciones previas excluidas del ámbito causal tiene que enfatizarse incluso en lo puramente psicológico: ellas sólo pueden desarrollar su fuerza causal a través de la mediación de una voluntad humana, de cuyas decisiones de-

pende el que aquellas sean transmitidas, es decir, de una circunstancia que se encuentra en aguda oposición con el naturalismo, tal como p. t-j. se presenta en el tiro efectuado por un jugador de billar con su laco. En este último caso, la causalidad es transmitida físicamente; en el primero psicológicamente». Pero la suposición de que determinados tipos de causalidad (aquí: aquella que es transmitida psíquicamente) no puedan fundamentar una punibilidad se opone tanto a la teoría de la equivalencia como a la doctrina de la interrupción de la relación causal. Tampoco FRANK puede sostener siquiera su concepción de que una causalidad transmitida psíquicamente sería siempre impune (sin considerar a la instigación y, eventualmente, a la complicidad), al declarar que la teoría de la prohibición de regreso no sería aplicable en los autores inimputables o solamente imprudentes. Si se piensa que además de estos dos casos existe una forma de autoría autónoma y en la actualidad expresamente reconocida por el legislador (la autoría mediata, la cual es intermediada exclusivamente de manera psíquica), entonces ya desde la ley resulta insostenible la tesis de una incompatibilidad entre autoría y causalidad transmitida psíquicamente.

## II. TEORÍAS RECIENTES

Pese a todo, la doctrina de la prohibición de regreso se aferra tercamente a la vida. Independientemente de que se haya reconocido plenamente la incorrección de las tres antiguas argumentaciones arriba esbozadas, también en los últimos tiempos se encuentran una y otra vez autores que apoyan una prohibición de regreso. Solamente mencionaré a LAMPEL<sup>(2)</sup>, NAUCKE<sup>(3)</sup>, WELP<sup>(4)</sup>, Orro<sup>(5)</sup> y, últimamente, de nue-

*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18<sup>e</sup> ed., 1931, pp. 15 y s.*

114

<sup>(4)</sup> «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat», ZStW, como 71, 1959, p. 579 (611 yss.).

<sup>(5)</sup> «Über das Regreijerverbot im Strafrecht», ZStW, tomo 76, 1964, p. 409.

<sup>(2)</sup> *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Hmtdliingsáquiuaaknz der Unlerlassung*, 1968, pp. 274 y ss., 283 y ss., 299 y ss.

<sup>(3)</sup> Por primera vez en: «Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht», *L.-H. a Maurack*, 1972, p. 91.

115

vo WEHRLE<sup>(N)</sup>. Las objeciones sobre una interrupción del nexo causal pueden ser fácilmente tomadas en cuenta, negando no la causalidad, sino solamente la relación de imputación. Entre los argumentos expuestos para ello escojamos solamente tres de los más recientes<sup>91</sup>.

### 1. EJ principio de la propia responsabilidad según Welp

WELP<sup>(M)</sup> opina que el autor doloso que actúa de manera inmediata «bloquearía» al foráneo [Auerstehender] el «acceso» a una responsabilidad por el resultado. La posibilidad de influencia del partícipe se reduciría «a anteponer motivos como simple tentación distintos de la elección propia y responsable del autor principal»<sup>(1)</sup>. La propia responsabilidad del autor doloso constituiría un «ámbito de responsabilidad» que sería «ajeno» para todos los extraños. «Incluso ante la mayor probabilidad de comisión del hecho nadie tiene que considerar que al actuar su sustrato mental o material podría ser abusado por otro para acciones criminales. Tal reducción de la libertad individual de actuar no solamente tendría proporciones inconmensurables, sino también sería injusta frente a los partícipes». Entonces, el influjo no doloso en la libertad ajena sería, bajo cualquier circunstancia imaginable, «adecuado socialmente»<sup>1121</sup>.

<sup>(S)</sup> Igual que en la nota 1, pp. 81 y ss., y *fassini* (en lugares diversos). <sup>(H)</sup> LAMPE se basa mayormente en argumentos político-criminales y en la impunidad del hecho de posibilitar culposamente un suicidio; ambos serán tratados durante el curso de la exposición. NALCKF. (igual que en la nota 5, pp. 432 y ss.) se apoya, entre otras cosas, en el C. P. prusiano de 1851. el cual habría declarado impune la participación culposa, y cuya decisión no habría querido modificar el C. P. de 1871. Sin embargo, difícilmente puede deducirse algo del C. P. prusiano de 1851 para el C. P. en su versión actualmente vigente.

<sup>(M)</sup> El autor se ocupa primeramente de la cuestión sobre si una actuación culposa previa puede fundamentar una posición de garante por injerencia en el hecho doloso posterior. Sin embargo, después de negar esto, también deduce consecuentemente el rechazo de un hecho comisivo culposo y con ello admite la prohibición de regreso.

<"> Ver nota 6, p. 277. <sup>(1)</sup>-> Ver nota 6, pp. 285 y s.

Observaciones a la «prohibición de regreso..

Pero con ello se sobrecarga al principio de la propia responsabilidad. Ciertamente es que de este principio se deriva que quien actúa de manera plenamente responsable no puede ser por sí mismo víctima ilc una imprudencia ajena, lo cual tiene gran trascendencia penal < liándose posibilitan «autolesiones»y «antepuestas en peligro»<sup>(13)</sup>. Sin embargo, esto no cambia para nada el hecho de que con respecto a la lesión de terceros pueden haber varios responsables, así sea incluso en la forma escalonada de culpabilidad dolosa y culposa. Ciertamente, (iiien posibilita culposamente un hecho doloso (al igual que también el inductor) no tiene que conculcar la libertad de decisión del actuante inmediato, pero sí puede crear, bajo ciertas circunstancias, un considerable peligro para la comisión del hecho. Y es esta creación no permitida del peligro la que, según los principios generales, desencadena la imputación del resultado al tipo objetivo y con ello la responsabilidad culposa. Para que esto no ocurra en los casos de la prohibición de regreso se necesita un fundamento especial.

WELP provee este fundamento remitiéndose a la «adecuación social» de cada promoción no dolosa de hechos dolosos. No obstante, su tesis de que la facilitación no dolosa de acciones punibles sería adecuada socialmente «también en casos de la mayor probabilidad» y "bajo todas las circunstancias imaginables», no deja de ser una afirmación sin prueba alguna, pese al énfasis que pone. Por cierto que es correcto que muchas motivaciones y promociones no dolosas para la realización del hecho son adecuadas socialmente {esto será tratado más ahajo). Pero es insostenible la suposición de que esto tenga que ser así necesariamente. Si Apide un cuchillo con el que quiere acuchillar a B, y C se lo alcanza porque éste despreocupadamente -a fin de desenmascarar a A- confía en que éste no se atreverá a hacerlo, esto no constituye una complicidad dolosa, sino solamente una culpa consciente. Pero, precisamente, tal conducta es extremadamente peligrosa, pues las decisiones de la voluntad humana son libres e impredecibles. No es comprensible por qué tenga que ser

socialmente inadecuado, y constituir una injusta «reducción de la libertad individual de actuación» el

(13\*)  
Comp. al respecto *infra* III, 1.

117

Observaciones a la «prohibición de regreso»

que se pretenda exigir que en tales situaciones el poseedor de un cuchillo se niegue a proporcionarlo.

Hay que agregar que WELP mismo rompe con su principio para el caso de que el actor no doloso ponga fuera de acción a garantes, rescatadores u otras medidas de protección<sup>14</sup>. Entonces, cuando A sabe que su coinquilino está amenazado por un asalto, podrá hacerse punible cuando abre la puerta por un descuido (o no la vuelve a cerrar) y facilita así la entrada al autor. Pero cuando A descuidadamente revela el paradero de su coinquilino al actor ya decidido a cometer el hecho, pero sin haber conocido sus intenciones, una punición por culpa fracasaría debido a la prohibición de regreso. El tratamiento diferenciado estaría justificado por el hecho de que el favorecedor descuidado, en el segundo caso, influye en el hecho por intermedio de la voluntad libre del actor, mientras que en el primero no. Pero esta distinción no fundamenta ninguna diferencia en la peligrosidad del primer actuante, y es esto lo que importa para la imputación. Además, no modifica ni un ápice la decisión volitiva del autor el que el foráneo le haya facilitado descuidadamente el hecho procurándole un instrumento o eliminando un obstáculo.

## 2. El principio de la capacidad de dirección en Otto

OTTO llega a la prohibición de regreso introduciendo la «capacidad de dirección» como criterio de imputación: «La capacidad de dirección del actuante originario termina donde otra persona -libre en sentido jurídico- configura los hechos conscientemente según sus propios planes o excluye al actuante previo del ámbito de influencia del riesgo». Con seguridad, es aquí correcto que aquél que deja por ahí un revólver cargado o motiva a otro a la comisión de un delito a través de sus descuidadas palabras, no puede «dirigir» la conducta del actor doloso en la medida en que el accionar de éste se basa en su libre decisión. Pero el concepto de capacidad de dirección es muy impreciso como para que sirva de criterio general de

Ver nota 6, pp. 293 y ». ai respecto WKHRLK, 118

Observaciones a la «prohibición de regreso»

Imputación<sup>15</sup>. Sísele entiende en el sentido de una evitabilidad del resultado<sup>16</sup>, uno tiene que decir que aquel que posibilita la comisión de un delito doloso mediante su descuido, habría podido evitar plenamente el resultado mediante una conducta cuidadosa. Quien p. ej. le ofrece un veneno a aquel que reconociblemente muestra tendencias de querer matar a su esposa (RG, colección penal, tomo 64, p. 11 VO), o quien, a través de sus expresiones irreflexivas sobre lo descabido que sería un incendio, motiva a otro a incendiar (BGE 105 fV 330 y ss.) Imbrija podría impedir indudablemente el resultado omitiendo estas acciones. Entonces, tal concepto de la capacidad de dirección no sos-I tiene una prohibición de regreso.

Por otro lado, si se entiende el concepto de la «capacidad de dirección» como «capacidad objetiva de consecución final», de manera tal que los cursos causales impredecibles, inadecuados, se opongan a una imputación del resultado<sup>17</sup>, entonces resulta que cursos causales como los ya expuestos a manera de ejemplo de ninguna manera quedan fuera de toda experiencia de vida y están por ello en el marco de lo «dirigible»<sup>18</sup>.

nota 1, pp. 78-80.

a) Por lo demás, OTTO pretende penar al primer actuante en caso de una posición de garante frente al bien jurídico lesionado, pese a faltar una capacidad de dirección (comp.) «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht», *JuS* 1974, p. 702 y ss. (706). Puesto que esta problemática será tratada con más detenimiento en relación con la concepción de WEHRJ.K (*infra* II, 3), se prescinde aquí de una mayor explicación.

<sup>16</sup> Como se evidencia en las expresiones más tardías de OTTO, comp. (*frundkurs Stmjrecht*, 2<sup>a</sup> ed. 1982, p. 54: «Evitables son los resultados cuya producción o no-producción puede dirigir el autor a través de su intervención en los cursos causales de los hechos».

<sup>17</sup> Sobre esto RQXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, p. 123 y ss. (124). [N. d. T.: en español puede consultarse: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 128 y ss.].

<sup>18</sup> Esto es injustamente negado por el Tribunal suizo en el caso arriba expuesto del incendio motivado por expresiones irreflexivas, basándose en la supuesta ausencia de «adecuación»; al respecto acertadamente WKHRLK, v. nota 1, pp. 38 y s. Más al respecto *infra*, V. 2.

119

<[> La ausencia de capacidad de dominio es también para NAICKI-: un punto de vista decisivo, ver nota 5, p. 428.

<M>Ver nota I, p. 83.

120

Oliserv;

aciones a l<i «prohibición 'le regreio»

Así, si se quiere fundamentar la prohibición de regreso por ausencia de capacidad de dirección, sólo queda la posibilidad de interpretar este concepto de tal manera que la capacidad de dirección falte cuando el curso de (os acontecimientos ya no pueda ser dominado por el primer actuante después de haber colocado la causa portadora del peligro'<sup>19</sup>. Sin embargo, no hay tal capacidad de dirección en caso de un hecho libre y doloso del segundo actuante. Pero ella tampoco se presenta cuando se acepta de manera general una imputación penal y se excluye una prohibición de regreso, a saber, en caso de una simple imprudencia del actor inmediato. El que alguien vaya a disparar dolosa o imprudentemente con el revólver cargado que A descuidadamente ha dejado en un lugar accesible al público, es en igual medida ingobernable para el propietario ausente. Efectivamente, una falta de capacidad de dirección en este sentido se presenta incluso frecuentemente cuando entre la primera causa y el resultado no interviene ninguna otra conducta humana: quien deja una resbalosa cascara de plátano sobre la acera carece de toda «capacidad de dirección» frente a alguna rotura de pierna de un peatón que venga detrás. Luego, no se puede cimentar una prohibición de regreso en un criterio de imputación de «capacidad de dirección», pues según como se entienda este elemento, o bien se presenta también en la causación de una comisión dolosa de un delito, o bien falta también en los casos que indiscutiblemente no están sometidos a la prohibición de regreso.

3. El desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia en Wehrle WEHRLE<sup>ii(0)</sup> plantea la cuestión de si "el desnivel de injusto entre imprudencia y dolo, que rebaja la clasificación del primer actuante doloso, de autor mediato a partícipe, [no tendría que] llevar a la impunidad». Él responde afirmativamente, pues la «valoración que se encuentra detrás de la exclusión de la autoría mediata... [obraría] en

Observaciones a la "prohibición de regreso»

li imprudencia». En otras palabras: si la provocación dolosa de hechos d<liosos no es una autoría dolosa, sino «sólo» participación, la provoca-i ¡(ni culposa de hechos dolosos tampoco debe ser penada como una íiitloría culposa, sino debe quedar impune debido a que los hechos i ulposos, después de todo, presentan un reducido merecimiento de I ir na. Aun cuando «el primer actuante no doloso... ante la notoriedad ili-l hecho doloso, [fuera] groseramente no solidario frente al bien jurídico amenazado», esto no fundamentaría una infracción del deber de cuidado. No obstante, a esta argumentación se oponen dos cosas. En primer lugar, el legislador alemán no conoce, por lo menos en la relación i'nire autoría e inducción, nada parecido a una relación escalonada, sino somete ambas conductas al mismo marco penal. Se trata de distin-los tipos de injusto, no de diferencias en cuanto a la magnitud de injusto o de culpabilidad, de tal manera que no puede deducirse ninguna conclusión en el sentido de que la falta de merecimiento de ] lena de la provocación culposa implique lo mismo para hechos punibles dolosos. Y, en segundo lugar, no pueden trasladarse total o parcialmente a conductas culposas los motivos que han llevado a diferenciar, m los hechos dolosos, la autoría, la inducción y la complicidad (la presencia o la ausencia de dominio del hecho y la compensación, determinante para medición de la pena, de la ausencia de dominio del hecho a través de la determinación dolosa al delito en la inducción). Si la complicidad es sancionada con menos pena que la autoría dolosa debido a la falta de dominio del hecho del cómplice, no puede deducirse de ello la falta de merecimiento de pena del "cómplice» culposos, pues el dominio del hecho no juega de todas maneras ningún papel en las conductas culposas, de tal manera que estas son sometidas con justicia al concepto unitario de autor. Cuando WEHRLE quiere equiparar a un primer actuante no doloso (incluso en caso de que fuera «groseramente no



solidario» frente al bien jurídico amenazado) solamente en su contenido de injusto con los arts. 138 [omisión de denunciar hechos punibles] y 323c [omisión de auxilio] del C. P.<sup>(ai)</sup>, no toma en

<<sup>2</sup>> Ver nota 1, p. 85.

121

cuenta que los hechos culposos de comisión apenas tienen algo en común con auténticas omisiones dolosas y que p. e. el marco penal del art. 138 es exactamente el mismo que el del art. 222 del C. P.

Sin embargo, para juzgar la concepción de WEHRLE ni siquiera importa decisivamente todo esto, ya que él mismo escapa a la prohibición de regreso que postula, al quitarle vigencia en caso de una posición de garante del primer actuante. Así, pretende<sup>1-2</sup> hacer responder por un hecho culposo al garante-protector que se comportara descuidadamente, y en general también al garante-vigilante, incluso cuando se interponga un tercero que actúe dolosamente. La amante que ha adquirido un veneno poco corriente en el mercado al marido ya decidido a asesinar debería, entonces, ser penada por homicidio culposo, pues no ha cuidado suficientemente la fuente de peligro «veneno»<sup>(23)</sup>, «Quien procura a un tercero (el cual anuncia que dará un golpe)» un revólver, infringiendo el deber de cuidado, deberá responder como autor culposo de igual manera que «el propietario de un inmueble, quien, como garante, tiene que responder por que la casa dé seguridad a los bomberos» cuando el departamento sea incendiado dolosamente por otro (RG, colección penal, tomo 61, p. 318ys.<sup><34></sup>). Esta idea, si es desarrollada consecuentemente, tendría que eliminar completamente la prohibición de regreso. Yes que, dado que una imputación de culpa naturalmente sólo entraría en consideración cuando el primer actuante crea un peligro para el bien jurídico, la creación de este peligro, por constituir un hacer culposo precedente, tendría que llevar por lo menos siempre a una posición de garante por injerencia. WEHRLE quiere evitar este resultado explicando que «la construcción de la injerencia» permanecería «en caso de una prohibición de regreso sin la significación que fundamente una posición de garante<sup>(y3)</sup>». Pero, a través de esto, las soluciones caen en la

122

Observaciones a la «prohibición de regresa»

"Ver nota 1, pp. 107-108<sup>1</sup> Ver nota 1, pp. 108-109. \* Ver nota 1, p. 113.

, 11 l>ilriedad, pues no es masque una *fa\$on de parlerel* juzgar bajo el | ii i tilo de vista de la injerencia la promoción que se haga al autor dolo-si > a través del hacer accesible el veneno y el revólver o de la construc-i ion de un departamento expuesto al peligro de incendio, o el que se \<-, \ en ello una creación y/o una falta de vigilancia de una fuente de peligro-que superen la prohibición de regreso.

Por lo demás, WEHRLE pretende, según mi entender, de entre los casos clásicos de la prohibición de regreso, dejar impunes solamente la causación de un incendio mediante un hablar descuidado sobre lo deseable que sería éste (BGE 105 IV, 330 y ss.)<sup>(26)</sup>. Pero, puesto que tales formas de expresarse son mucho más idóneas para motivar a cometer un incendio doloso que por ejemplo la construcción de un departamenlo expuesto al peligro de incendio {RG, colección penal, tomo 61, p. 318 y ss.}, es poco claro que el primer caso deba ser impune, mientras que el segundo sea punible. En todo caso, la prohibición de regreso pierde toda nitidez y también, ampliamente, su importancia práctica, cuando, en forma algo velada, en parte es priorizada y en parte postergada en relación con las posiciones de garante.

IH. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO PROBLEMA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN

*Los* intentos de introducir la prohibición de regreso como regla especial para una exclusión general de la imputación en los delitos culposos no han sido, entonces, muy exitosos. Tal criterio no puede ser fundamentado forzosamente, pero tampoco sus partidarios pueden siquiera sostenerlo de manera ilimitada. Sin embargo, ya las reglas reconocidas por la doctrina general de la imputación establecen que la cooperación no dolosa en hechos dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objeüvo y es impune. Cuando Max Ernst MAYER<sup>(y7)</sup>

<?<> Ver nota 1, pp. 84-85 (nota 45).

<sup>(S71)</sup> «Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts», 1915, p. 154.

Observaciones a la «prohibición de regreso»

opinaba, con una frase muy citada<sup>281</sup>, que la regla de la prohibición de regreso se vería «confirmada por la persistente corrección de las sentencias resultantes de ella», y cuando la mayoría de sus partidarios invocan una falta de necesidad de pena<sup>1</sup>, podría estar fundado esto en un juicio correcto para la regla general, juicio que sólo ha sido moldeado en la forma rígida de una prohibición general de regreso, debido a que todavía no había una teoría suficientemente elaborada de imputación objetiva.

Según la concepción actualmente dominante, la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se realice un peligro no permitido creado por el autor (2) y que el impedir un resultado, como el que ha ocurrido, esté comprendido por el fin de protección del tipo (1). Si se parte de ello, resultan, en primer lugar, dos cosas para la cooperación no dolosa en un hecho punible ajeno:

1. La participación «culposa» en suicidios dolosos, autolesiones y autopuestas en peligro no es imputable al tipo objetivo, porque no es comprendida por el fin de protección de los arts. 222, 230 StGB<sup>(M)</sup>. Esta limitación del fin de protección no se deriva de una prohibición de regreso de validez general, sino de una decisión valorativa del legislador, la cual se manifiesta en la impunidad de la participación en un suicidio decidido responsablemente por la víctima [N. d. X: el C. P. alemán no sanciona expresamente la «instigación o ayuda al suicidio»]. Si la participación dolosa en el suicidio es indiscutiblemente impune, con más razón deben ser impunes la cooperación culposa en suicidios, autolesiones y dolosas autopuestas en peligro. Esto ya lo ha expresado acertadamente el Tribunal Federal alemán para el hecho de posibilitar sin dolo un suicidio (en BGH, colección penal, tomo 24, p. 342 y

<sup>(S71)</sup> P. ej., todavía WKÜ<sup>1</sup> lo invoca, ver nota 6, p. 286, mientras que NAIXKÍ., ver nota 5, pp. 421-422, expone la oración precisamente como ejemplo de las argumentaciones comunes, pero insuficientes de la doctrina antigua.

<sup>(S71)</sup> Comp. así Hellmuth MAYER, «Strafrecht, AT», 1953, p. 138: no existiría «ninguna necesidad de penar al partícipe culposo cuando el hecho es castigado mediante la punición del autor doloso». Más reí en WKHRİK, ver nota 1, p. 5.

<sup>(S71)</sup> Comp. más ampliamente Roxix, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en L.-H. a Gallas, 1973, p. 241 y ss.

Observaciones a la «prohibición de regreso»

HN. ), y también lo ha reconocido fundamentalmente, siguiendo en adelante la moderna teoría de la imputación, después de un espectacular inicio, para la participación en dolosas autopuestas en peligro (BGH, colección penal, tomo 32, p. 262 y ss.)<sup>(31)</sup>.

Así, cuando todavía LAMPE<sup>1321</sup> (y otros autores que ya antes de él habían argumentado de manera parecida) opina que, de no haber la prohibición de regreso, tendría que pensarse por homicidio culposo a aquel que dejara «a la vista por un descuido su revólver cargado» con el cual otro dispara dolosamente, está plenamente justificado el rechazo de la punibilidad. Pero este rechazo se deriva de la idea mencionada del fin de protección, el cual únicamente ha sido inferido de la impunidad de la participación en el suicidio y no permite ninguna conclusión sobre la impunidad general de la cooperación no dolosa en caso de daños dolosos de terceros. Después de todo, de lo expuesto resulta que la prohibición de regreso da en el blanco por sus resultados, aunque no por sus fundamentos, para el extraordinariamente importante y muy variado grupo de casos de cooperación en autolesiones dolosas y responsables.

2. Todavía es más importante el entendimiento de que la mayoría de los casos de causación no dolosa de hechos punibles dolosos, según los principios de la teoría general de la imputación bajo el principio de riesgo permitido, tampoco puede ser imputada al tipo objetivo. Un caso de riesgo permitido es el principio de confianza, reconocido generalmente en el tráfico vehicular<sup>133\*</sup>. Este principio,

<sup>(31)</sup> En este contexto no interesan las particularidades; comp. no obstante mis observaciones al BGH, colección penal, tomo 32, p. 262 y ss. en NSL. 7., 1984, p. 411. Lamentablemente el BGH no ha extraído la consecuencia correcta de rechazar la posición de garante para las omisiones subsiguientes y

con ello ha vuelto a abandonar parcialmente su correcta comprensión; comp. BGH *NSiZ* 1984, 452; *NSiZ* 1985, 318 y las "Observaciones" de Roxix. También tienen razón al adoptar una actitud negativa DHKHKR/TKÓMJLE, 43<sup>t</sup> cd., 1986, com. prev. art. 13, n. m. 19.

<sup>13</sup>-Ver nota 4, p. 613.

<sup>(38)</sup> Comp., c. más ref., detalladamente WKHRI.K, ver nota 1, p. 52 y ss. Desarrollando más aún el todavía poco esclarecido principio de confianza Heribert SchL'MA\\, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Sdbstverantwortung der Anderen», 1986.

125

Oli ser va cinnei a la "prohibición de i

válido para la conducción de autos bajo el precepto de que nadie tiene por qué contar con infracciones (culposas o dolosas) de tráfico de los demás participantes si no tiene indicios especiales, debe trasladarse a otros ámbitos de la vida conforme a lo siguiente: todos deben, por regla general, confiar que los demás no cometerán hechos punibles dolosos\*<sup>34r</sup>. Esta oración puede fundamentarse, por un lado, a través de una ponderación entre la libertad de acción humana y las ventajas sociales vinculadas frecuentemente con el ejercicio de dicha libertad. y, por otro lado, los peligros inevitables resultantes de ello, que subyacen en cualquier riesgo permitido.

La venta de cuchillos, cerillos, encendedores, combustible, hachas y martillos, y la transmisión de tales objetos no sería posible si uno tuviera que adecuarse a hechos punibles dolosos de los compradores y otros receptores. Ya estos casos muestran lo que rige por lo demás: si uno tuviera que prescindir de ofrecer oportunidad para la comisión de hechos punibles dolosos, una vida social moderna sería tan poco posible como si se renunciara a un tráfico vehicular.

El que la impunidad se deba al riesgo permitido (cada uno de cuyos presupuestos habrá de precisar todavía) no debe mal interpretarse como reconocimiento de una prohibición de regreso con el ropaje de otra terminología. Esto es mostrado no sólo por los límites del riesgo permitido que serán expuestos a continuación, sino puede reconocerse también sobre todo en que la impunidad del primer actor principalmente no está limitada -como la prohibición de regreso-a conductas no dolosas. También queda impune quien, al vender cuchillos o hachas, actúa con *dolus eventualis* respecto a posibles hechos punibles <sup>(3r>)</sup>. Pues un riesgo permitido está permitido independiente-

a /a «prohibición de regreso»

<sup>i3ii</sup> Así, siguiendo esta tendencia, STRATENWIIRTH, «Surafrecht, AT», 1981, n. marg. 1162 y ss.; /Jf-SchKoi.m:K, 10ª ed., com. art. 16, n. marg. 184; Schönke/ Schröder/CRAMLR, 23<sup>1</sup>, 1988, art. 15, n. marg. 154; -S/ST-RnxjLPHi (abril 1986), com. prev. art. I, n, marg. 72. Esto rige para todos, sólo que con diferentes restricciones y modideaciones a las cuales regresaremos.

(ssj) Al respecto especialmente JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 24, n. marg. 21. Puede quedar en suspenso el que esto, como opina JAKOBS, rija sin excepciones, o que, en el caso concreto, la responsabilidad dolosa también pue-

126

i nen le de la actitud del actor con respecto al resultado; también quien no confía puede invocar el principio de confianza.

IV. INTENTOS DE DETERMINAR EL RIESGO PERMITIDO EN EL PRIMER ACTOR NO DOLOSO

Pero a diferencia de la prohibición de regreso, inflexible desde NÚ concepción ideal, todo riesgo permitido tiene sus límites, que al ser Infringidos hacen que la mencionada ponderación recaiga a favor del bien jurídico puesto en peligro. La ubicación de estas fronteras es vivamente discutida entre los autores que tratan el problema sin implan-ljir una fundamental prohibición de regreso, sino aplicando el punto de vista de la teoría general de la imputación.

### 1. La peligrosidad inmanente de una infracción del cuidado

jESCHECK<sup>(3ii)</sup> opina: «Si una lesión del deber de cuidado ya contiene en sí misma el peligro de la producción de un resultado ü'pico, entonces el aprovechamiento de una situación favorable para la realización de un hecho doloso está en el marco del riesgo jurídicamente desaprobado». Según esto, el preservar descuidadamente un veneno o el alquilar un departamento expuesto al fuego harán que el primer actuante sea responsable por un hecho imprudente en caso de un envenenamiento o incendio dolosos subsecuentes. Por el contrario, por ejemplo, el dar un arma de caza, con el cual se comete un asesinato, se mantiene en el marco del riesgo permitido.

Sin embargo, de esta manera no es posible una clara delimitación, pues no es inteligible por qué el veneno y la casa expuesta al fuego deban portar «en sí mismos», el peligro de un envenenamiento y el de un incendio respectivamente, mientras que el arma no lo deba tener con respecto a un delito de homicidio. Incluso encendedores o

da ir más allá que la responsabilidad culposa, pues aquí sólo se trata de la imputación culposa.

^ «Strafrecht, AT», 4<sup>a</sup> ed., 1988, cap. 54, IV, 1, p. 517.

127

**Observaciones a la «prohibición de regreso»**

ceniceros pesados, para los que el hecho de dejarlos al alcance de todos indudablemente tiene que ser visto como un riesgo permitido, portan «en sí» el peligro de un incendio y de fracturas al cráneo, si alguien los usa para ello. Puesto que casi todos los objetos pueden ser utilizados en cualquier delito doloso, su «facilitación» por sí sola <sup>110</sup> es suficiente para una imputación al tipo objetivo y, por tanto, tampoco para una imputación de imprudencia.

## **2. Puntos de referencia concretos para la proximidad de un hecho doloso**

Es evidente que el límite del riesgo permitido debe ser establecido, en correspondencia con el principio de confianza en el tráfico vehicular, allí donde están dados puntos de referencia concretos para la comisión de un hecho doloso<sup>1371</sup>. Después de todo, con ello el alquilar un departamento expuesto al fuego y el dejar por ahí objetos peligrosos no serían así por así factores que fundamenten la imprudencia.

El criterio apunta también en la dirección correcta. No obstante, en relación con los delitos dolosos, es demasiado vago, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico vehicular donde el no respeto de las reglas de tráfico es reconocible mediante la forma de conducir de los demás. P. ej. ¿constituye un «punto de referencia» el hecho de que en varias ocasiones se haya apuñalado a alguna persona en un determinado barrio, de manera que sólo pueda venderse cuchillos a personas conocidas por su especial confiabilidad? ¿La adquisición de veneno para ratas es un punto de referencia para un posible y planificado homicidio por envenenamiento?

¿La excitación de aquel que compra un hacha insinúa un posible homicidio planificado, de manera que el vendedor podría ser penado eventualmente por homicidio culposo? La respuesta afirmativa a estas preguntas y la imputación de cualquier resultado al primer actuante iría siempre demasiado lejos, pues todos aquellos indicios son variados

ari. 1.

<sup>1371</sup> En este sentido RVDOLPHI en SK (Abril de 1996), n. marg, 72, com. prev.

128

Observaciones a la «prohibición de regreso»

y también pueden ser vistos como inocuos. Pero entonces no hay ningún motivo para derogar el principio de confianza.

## **3. La promoción de una persona reconociblemente resuelta a cometer el hecho**

De la comprensión acerca de la incapacidad de determinación de cualquier punto de apoyo se desprenden también diferentes soluciones que pretenden vincular a presupuestos muy estrechos y claramente definidos una imputación de la cooperación no dolosa a un hecho doloso.

STRATENWERTH<sup>(181)</sup> ha desarrollado la tesis de que «solamente cuando otro está ya resuelto, de manera reconocible, a cometer el delito» resultaría imprudente posibilitarle o facilitarle la ejecución. Sin embargo, cuanto la resolución a cometer el hecho [Tatentschlossenheit] se presentara abiertamente, la cooperación del tercero, por regla general, se representará como una participación dolosa. Pero si ella no se presentara abiertamente, por tratarse de un acontecimiento interno, será difícilmente reconocible y apenas podrá delimitarse de la todavía indecisa inclinación hacia el hecho [Tatgeneigtheit]. Además apenas podrá verse como riesgo permitido el que se motive irreflexivamente a alguien todavía no decidido a cometer el hecho, p. ej. poniendo a su disposición un arma.

## **4. Acciones primarias, cuyo sentido objetivo solamente puede servir para la comisión de un delito**

JAKOBS<sup>(39)</sup> y siguiéndolo últimamente también STRATENWERTH<sup>(40)</sup> pretenden aceptar una responsabilidad por imprudencia en aquellas acciones primarias no dolosas cuyo único objetivo imaginable radica

<sup>(38)</sup> «Strafrecht, AT», 2<sup>a</sup> ed., 1976, n. marg. 1162; igualmente WOLFRUM, «Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in dem funktionalen Straftatensystem», 1981, p. 348 y s.

<sup>(W)</sup> «Regrebot beim Eribgsdelikt», *ZStW*, tomo 89, 1977, p. 1 y ss. (23).

<sup>(41)</sup> «Strafrecht, AT», 3<sup>a</sup> ed. 1981, n. marg. 1164.

129

Observaciones a la «prohibición de regreso»

en la promoción de un delito. Entonces, se excluiría una responsabilidad del primer actuante cuando su conducta también tiene sentido sin el subsiguiente hecho doloso del ejecutante<sup>41</sup>. Según esto, una imputación por imprudencia tendría que resultar en la sentencia del RG (colección penal, tomo 64, p. 370 y ss.), «cuando el veneno sólo puede ser razonablemente utilizado por el amante para fines delictivos»<sup>(42)</sup> o cuando «la entrega de un arma, según las circunstancias, en el caso concreto no puede tener otro sentido que servir para la comisión de un delito, el cual todavía no tiene que estar planificado en todas sus particularidades (de manera que tampoco es todavía posible un dolo de participación suficientemente determinado)»<sup>(43)</sup>.

Esta solución no es realizable porque difícilmente existen acciones cuya finalidad, bajo un juicio objetivo, solamente puede radicar en una promoción del delito, independientemente de algunos casos de participación dolosa<sup>44</sup>: «hasta el veneno más letal no tiene objetivos de aplicación delictuosa». Incluso cuando alguien, en el marco de una discusión por la vía de los hechos pide un arma, su dación no tiene necesariamente que perseguir la comisión de un delito; ella puede servir también para una legítima defensa o para una simple amenaza. Es más, la entrega de un instrumento mortal como una guillotina no tiene que servir para un delito, sino también puede servir para fines de estudio o de exposición.

V. LA PROMOCIÓN DE LA INCLINACIÓN HACIA EL HECHO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PARA EL PRIMER ACTUANTE

### 1. La fundamentación del criterio

Entre resolución hacia el hecho [Tatentschlossenheit] y la propiedad objetiva de vinculación al fin [objektive Zweckgebundenheit]

Observaciones a la "prohibición de regreso»

<sup>(41)</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 24, n. marg. 15, <sup>(42)</sup> JAKOBS, ver nota 39, p. 25. <sup>(43)</sup> STKATKNWKKTH, ver nota 40.

<sup>(44)</sup> WEHRLE, ver nota 1, p. 74, cuya crítica a esta solución (pp. 73-76) es totalmente digna de aplauso.

130

una característica que posibilita una clara delimitación y evita debilidades de ambas: la inclinación reconocible hacia el hecho. Ilustrándose en la inclinación hacia el hecho el criterio considera, por un lado, que una primera acción no puede ser interpretada como durablemente peligrosa por ella misma, sino solamente a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso.

Por otro lado, este criterio escapa a las dificultades que resultan de la incapacidad de determinación de una resolución fija luda el hecho. Quien ve a dos hombres envueltos en una riña sin

el intel, que va a desembocar en daños considerables para ambos par-H's, y alcanza a uno de ellos (que quizás es amigo suyo) un arma, puede ser que con ello no preste una complicidad dolosa, sino solamente

para facilitarle su defensa. Entonces, aunque la finalidad objetiva de su acción no está dirigida necesariamente a la comisión del delito y todavía no está dada una «resolución reconocible» del receptor de emplear el arma para cometer un delito doloso, sin embargo, debe kistar la inclinación hacia el hecho, que se puede reconocer en la inclinación dada, para impedir que extraños ejecuten acciones que puedan conducir a una escalada peligrosa para la vida. Por ello, si ocurre una grave lesión dolosa o un homicidio, es apropiado imputar el resultado al primer actuante como hecho culposos.

Sin embargo, tal como acertadamente muestra JAKOBS<sup>(45)</sup>, para la imputación no es suficiente cualquier condición puesta por un foráneo ante una reconocible tendencia hacia el hecho. La ejecución de una amenaza: «si te vas, mato a alguien» no puede motivar a condenar por homicidio culposo a quien se va, así como tampoco es culpable el juez por este hecho cuando asaltantes insinúan el asesinato de un político en caso de continuar el

proceso, y luego lo realizan. El que tales constelaciones no solamente tengan importancia académica, lo muestran sobre todo los secuestros de aviones de los últimos años. Sí los secuestradores matan pasajeros debido a que, pese a la amenaza de muerte, se emprendieran acciones para la liberación de los rehenes o se denegara el suministro de combustible al avión, entonces los

<<sup>45</sup>> «Strafrechl, ATX 1983, cap. 24, n. marg. 16.  
131

Observaciones a la «prohibición de regreso»

oponentes de los secuestradores no son responsables de un homicidio culposo, aunque era reconocible la inclinación de los secuestradores hacia el hecho.

El motivo para el rechazo de una imputación culposa radica en que la conducta del foráneo en tales casos, según su sentido objetivo, no puede ser juzgado como «promoción» de la inclinación ajena hacia el hecho. El hecho de irse, de que un juez siga un proceso, de oponerse a los secuestradores de aviones, no puede siquiera ser punible cuando un autor doloso condiciona dichas conductas para la comisión de un delito. En caso contrario, el Derecho penal favorecería de manera inaceptable a coaccionadores y extorsionistas. Si A exige a B p. ej. 100,000 marcos o la renuncia a su carrera y, para el caso de que su exigencia no sea cumplida, insinúa la comisión de un asesinato, el que es requerido no puede ser obligado bajo la amenaza de pena, a corresponder a tal pretensión; esto significaría la capitulación del ordenamiento jurídico. La exclusión de estas constelaciones no es, entonces, necesaria, ni tampoco hace que el principio de imputación pierda claridad. Y es que puede distinguirse claramente entre una promoción objetiva por el primer actuante y una vinculación arbitraria a condiciones por el autor doloso,

## 2. Los efectos prácticos

Si se ve la «promoción de una tendencia reconocible hacia el hecho» como el criterio decisivo para la imputación, entonces, después de todo, en algunos de los casos jurisprudenciales "clásicos" tendrá que afirmarse una punibilidad. En los hechos en los que se basa la sentencia del RG, colección penal, tomo 63 (p. 370 y ss.), la amante había discutido largo tiempo con el marido sobre la propiedad del veneno; ambos también ya

habían hablado sobre una vinculación matrimonial para el caso de que la esposa muriera. Por último, la amante, en presencia del marido, había «precisamente expresado que él no querría habérselas con su mujer». El Tribunal ha comprobado que para la inculpada «era muy evidente» la suposición de un envenenamiento planificado, la situación habría «tenido que imponer[le]...en gran medida la sospecha expresada». Incluso si se parte de que el marido,

132

Observaciones a la «prohibición de regreso»

,\| recibir el veneno, no estaba definitivamente decidido a cometer el 11! T| IO, sino todavía luchaba consigo mismo, y que enervaba las sospe-t IMS aduciendo que quería usar el veneno para otros fines, aquí era i <•«mocible una inclinación hacia el hecho, la cual quizás recién a través de la entrega del veneno se convirtió en una decisión definitiva. Ai |iü ya no se justificaba confiar en que no se iba a producir un hecho doloso, de manera que la amante ha sido condenada por homicidio t ulposo con todajusticia.

También resulta difícil justificar la absolución decretada por la (orte de Casación suiza (BGE 105 IV 330 y ss.). Aquí, Helene M, la heredera de una granja, cuya reconstrucción le había ocasionado elevados costos, habría expresado frente a dos conocidos que lo mejor .sería que la casa «se viniera abajo calurosamente», es decir que se incendiara. Beat S. había respondido que eso sería para él una pequenez: «cuánto estaría dispuesta a pagar». Ella mencionó la suma de 5,000 francos y describió a ambos visitantes «la ubicación de la granja y el camino que lleva hacia ella», mientras que Úrsula P. manifestó que ella ya sabía qué se podía hacer con el dinero. Por lo menos al salir Helene M. le dijo a ambos que no «hablen por hablar». Luego partió hacia Klagenfurt. Unos días después Beat S. y Úrsula P. incendiaron la granja, pues habían llegado a la conclusión de que Helene M. había hecho una oferta seria.

Helene M. se defendió aduciendo que todas sus expresiones sólo las había hecho -en tono de broma». El Tribunal no pudo probarle un dolo de inducción y la absolvió de la acusación por causación culposa de un incendio (art. 222 del C. P. suizo) argumentando que si bien habría una relación causal, faltaría «la adecuación; pues el que un hablar irreflexivo

sobre un incendio motive a un interlocutor a cometer un hecho doloso, no es previsible según el curso acostumbrado de los hechos».

Esta fundamentación es claramente incorrecta. Dado que para el Tribunal la conducta de Helene M., según su aspecto exterior, incluso habría sido suficiente para una inducción y también había sido comprendida así por los incendiarios, la provocación de una resolución [criminal] resulta aquí tan imprevisible como en el caso de una

133

Observaciones a la «prohibición<sup>^</sup> de regreso»

verdadera inducción. También se desprende de los hechos que Beat S. y Úrsula P. estaban inclinadas hacia el hecho y que Helene M. incluso había reconocido esto. Además, ella había reconocido que la advertencia de que ambos «no deberían hablar por hablar» tenía un contenido vago<sup>146</sup> y no era de ninguna manera apropiada para que la oferta de dinero y la precisa descripción del camino parezcan una simple «broma». Pero si las expresiones son apropiadas para ocasionar un gran peligro para la comisión del hecho, el ordenamiento jurídico no exige demasiado al esperar que estas se omitan o que por lo menos que se aclare indubitablemente lo que se quiere decir, cuando el receptor de la declaración se da cuenta de su inclinación hacia el hecho. Luego, debió haberse condenado por causación culposa de un incendio.

En la sentencia del RG, colección penal, tomo 58, p. 366 y ss., se trató de la causación culposa de una exportación no autorizada cometida dolosamente por otro. El RG acertadamente observa que cuando se suministra mercancía uno no tiene que contar sin más con que el destinatario la va a utilizar para exportarla de manera no autorizada; también se rechaza con justicia un deber general de informarse. No obstante, el RG opina que «la personalidad de S, quien vive en la Alta Silesia de Polonia, y la forma del envío» (a saber, «el cambio propiciado por S del lugar de destino final de los envíos, después del traslado de Kattowice a Polonia») debieron haber generado suspicacias en el proveedor. Por falta de mayores puntos de apoyo en los hechos, resulta dudoso que estas circunstancias sean suficientes para afirmar una

disposición reconocible hacia el hecho. Empero, después de todo la sentencia se alinea en la tendencia aquí perseguida.

Por el contrario, no se podrá seguir la más famosa sentencia del RG (colección penal, tomo 61, p. 318 y ss.) que resulta aquí pertinente, referida al alquiler de un departamento expuesto peligrosamente

<sup>4\*</sup> Según el diccionario «Duden» de seis tomos, tomo 5 (de O a SO), 1980, un "hablar por hablar» [«Seich»] es una «expresión rural despreocupada», la cual significa o bien «orina» («Harn») o bien «habladuría», «chachara» [«Gerede, Geschwatz»] (p. 2366). En el presente contexto, la expresión querría decir que los dos no deberían hacer ion tenas; pero esto podría referirse tanto a la comisión del hecho como tal, como también a la forma concreta de su ejecución.

134

Observaciones a la «prohibición tic regreso»

al luego. Ciertamente, puede comportar una sanción penal por culpa el hacer accesible tal vivienda, cuyos ocupantes caen después víctimas de un incendio, cuando el incendio se produjera casualmente o debido a la falta de cuidado de un tercero. Ello es así porque la exposición peligrosa al fuego significa un aumento no permitido del peligro, el cual, en tal caso, también se ha realizado con prontitud. Así habrá sucedido también en los hechos sobre los cuales decidió el RG, pues las investigaciones no ofrecieron «ni el más mínimo soporte» para un incendio doloso. Ha sido sólo el afán por rechazar definitivamente la idea de la interrupción del nexo causal el que ha motivado al RG a firmar una punición por culpa del primer actuante, incluso para el caso totalmente hipotético de un incendio doloso.

Pero, dado que ninguna persona normal comete un incendio doloso solamente porque es posible (también es posible generalmente con casas que hubieran sido construidas siguiendo las autorizaciones policiales relativas a la construcción), en dicho delito no se ha realizado el peligro que había sido creado por la primera causa. P. e. tampoco se le ocurrirá a nadie acusar al causante culposo de un accidente de tráfico de asesinar a la víctima del accidente en estado de inconsciencia, por el simple hecho de que es más fácil matar a una persona en estado de inconsciencia que a quien está dispuesto a defenderse. Luego, puesto que en el caso del incendio no era reconocible ninguna inclinación hacia el hecho, debe excluirse una imputación de imprudencia.

Algo correspondiente vale para los casos muy discutidos de la Custodia descuidada de objetos que otro utiliza como medio o instrumento para un hecho doloso. Entonces, quien tiene en mente un suicidio y guarda veneno y un revólver en el cajón de su mesa de noche es, según las circunstancias, responsable de un accidente resultante, pero no por el asesinato doloso que alguien comete con ellos. Tampoco tienen que responder el policía o el cazador que dejan sus armas en el restaurante por el hecho doloso que otro comete con ellas, salvo que exista una inclinación reconocible al hecho, en cuyo caso responderán como autores culposos.

La opinión contraria se basa sobre todo en una equiparación injustificada de dolo y culpa en la persona del segundo actor. Pero quien

135

Observaciones ; la «prohibición He regreso»

<Tea el riesgo no permitido de la comisión de un hecho culposo, no tiene por qué haber causado también con ello el peligro intolerable de un hecho doloso. El riesgo permitido y el principio de confianza están «relacionados con el tipo»: quien tiene que contar con un hecho culposo sí que puede confiar en la ausencia de una comisión dolosa del delito, en tanto no entre en juego una inclinación reconocible hacia el hecho.

También la infracción de los preceptos legales que ordenan custodiar o que prohíben proporcionar no lleva sin más a una responsabilidad culposa por los hechos dolosos que resulten de ello<sup>(47)</sup>. Esto rige incluso cuando el legislador no solamente ha tenido en la mira impedir accidentes, sino accesoriamente también dificultar hechos dolosos<sup>(48)</sup>. Esto se debe a que la infracción de determinadas disposiciones no fundamenta eo ipso una responsabilidad culposa por las consecuencias, sino recién cuando ello resulta de las reglas generales de imputación<sup>(49)</sup>. Pero esto no solamente ocurre cuando existe una inclinación reconocible hacia el hecho. Si se quisiera decidir de otra

H7) pero últimamente WKHRL se pronuncia de nuevo en este sentido; ver ñuta 1, p. 107 y ss. Las dificultades que surgen con ello se muestran en la posterior restricción efectuada por el autor (p. 109): "No cualquiera que da a otro un revólver robado, después de una cadena de traspasos lesiona ... su deber de cuidado, sino solamente aquél que, infringiendo el deber de cuidado, guarda su revólver legalmente adquirido o que lo transfiere a otro que no tiene licencia para portar armas». Es sencillamente inequívoco que el poseedor legítimo del revólver deba responder penalmente por

hechos dolosos que se cometan con el arma de manera más grave que quien posee el revólver de manera ilegítima.

<sup>[47]</sup> Comp, al respecto las diferencias explicadas por Schönke/Schröder/ CRAMLR, «Strafgesetzbuch», 1988, 23- ed., cap. 15, n. marg. 154 con explicaciones de similar proyección, pero, en cuanto al último punto, tendentes a una responsabilidad culposa.

<sup>[48]</sup> Al respecto detalladamente BL'IM;STALLKR, "Das Fahrlässigkeitdelikt im Strafrecht", 1974, p. 44 y ss. Igual que aquí también Schönke/Schröder/LENCKNER, «Strafgesetzbuch», 1988, 23ª ed., n. marg. 101, com. previo arts. 13 y ss. «Es irrelevante...que el hombre de atrás atente o no contra una prohibición especial, la cual, debido a que otros no cumplen con su responsabilidad, precisamente tiene el sentido de impedir la conducta desviada del hombre de adelante que lesiona bienes jurídicos».

136

in

Observaciones a la «prohibición Je regreso»

añera, la punibilidad culposa podría extenderse arbitraria e ilimitada (lamentablemente a través de las leyes y disposiciones administrativas que reglamentan la vida diaria.

3. Tomas de posición en la literatura

En la literatura, hasta donde se puede apreciar, el criterio aquí propugnado sólo se encuentra por ahora en SCHROEDER<sup>(40)</sup>: «Con todo debe bastar como peligro de la realización del tipo la inclinación hacia el hecho de otro y, con ello su reconocibilidad»; habría que agregar solamente la ulterior restricción de este criterio a través del elemento de la «promoción» en los casos de una vinculación arbitraria a condiciones a través del autor doloso. Sin embargo, objetivamente, siguiendo a varios autores, debe comprobarse un amplio consenso. Cuando STRATENWERTH<sup>(41)</sup>, en una tercera variante, quiere restringir su teoría de la imputación culposa a los casos «en los que la conducta delictiva de otro es tan evidente que no sería razonable contar con ella», esto llega al mismo resultado que cuando se parte de que (sólo, pero también siempre) en los casos de reconocible inclinación hacia el hecho no sería razonable no considerar las posibles consecuencias. Y cuando p. ej. HERZBERG<sup>(42)</sup> dice que un vendedor de cuchillos no tendría por qué preocuparse por «lo que personas autorresponsables puedan tener en mente después de comprar un cuchillo», pero que el vendedor no debería invocar este principio «cuando tiene lugar frente a su negocio una riña y



uno de los participantes entra y quiere comprar un cuchillo», esto guarda correspondencia con toda la concepción aquí defendida, pues sólo en el segundo caso se presenta una inclinación reconocible hacia el hecho.

<sup>(S1)</sup> LK, 10<sup>1</sup> ed., art. 16, n. marg. 184 -por cierto, sin otra fundación.

<sup>(S1)</sup> -Schweizerisches Strafrecht, AT», tomo I. El hecho punible», 1986, cap. 16, n. marg. 57.

<sup>(S1)</sup> «Die Unerlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip», 1972, p. 315 sobre el problema paralelo de la responsabilidad por injerencia.

B7

<sup>(fi4)</sup> JAKOBS. «Strafrecht, AT», 1983, cap. 24, n. marg. J 7. Jakobs incluso pretende emplear este principio en la «participación dolosa», el cual naturalmente rige de la misma manera para una primera causación «culpable». De manera parecida a Jakobs, debido a una concepción independiente de la participación, SCHLMAX.V, ver nota 33, p. 49 y ss.

<-«) WEHKLE, ver nota 1, p. 70.

<sup>1561</sup> «Strafrecht, AT», 1983, cap. 24, n. marg. 17, siguiendo a Armin KAUFMAXN («Die Dogmatik der Unterlassungskelike», 1959, p. 200).

<sup>(ir7)</sup> «Täterschaft und Tatherrschaft», 2<sup>a</sup> ed., 1967, p. 542, citado p. e. por STRATENWEKTH, «Strafrecht, AT», [1981, 3<sup>a</sup> ed., n. marg. 1163; WKHRU-:, ver nota 1., p. 70.

138

Observaciones a la «prohibición de regreso»

#### 4. ¿Exclusión de acciones de la vida cotidiana?

Diversos autores defienden la concepción de que se excluye de planp-ima imputación culpable -y con ello incluso en caso de reconocible inclinación hacia el hecho- en tanto la promoción ocurra a través de «acciones de la vida cotidiana»<sup>^</sup>. «El panadero no responde, entonces, debido a una participación en un homicidio, cuando al vender los panecillos sabe que el comprador va a envenenar el producto y servirlo luego a sus invitados»<sup>(n41)</sup>.

«¿Es que ya no puede uno dejar de echar llave a la puerta de la casa por las mañanas, cuando se calcula que un extraño va a penetrar en la casa y matar al vecino del departamento contiguo?»<sup>^</sup> Y nuevamente JAKOBS<sup>(fi4)</sup>: «Alguien comunica a otro dispuesto a iniciar una acción de salvamento ....., conforme a la verdad, que el que se encuentra en peligro de muerte pertenecería a determinado partido extremista. Debido a esta noticia, la acción de salvamento no se realiza». También se cita frecuentemente un caso creado por mí mismo<sup>""</sup> «¿Al cliente de un restaurante, quien en una taberna es testigo de peleas no le estaría permitido colocar su jarro de cerveza sobre la mesa por existir la posibilidad de que alguien la tome y golpee con ella a otro en la cabeza?».

A primera vista tales ejemplos tienen aspecto contundente y parece resultar evidente rechazar una imputación culpable. Pero después de un segundo vistazo los casos no demuestran completamente lo que

<sup>(S5)</sup> WKHRLE, nota 1, p. 70.

Observaciones a la «prohibición de regreso»

ilricrian probar. Cuando, siguiendo a JAKOBS<sup>(fi8)</sup>, se atiende a si un l>i mier actuante, ya según su apariencia externa, se orienta en «un mi indo determinado por su planificación delictiva», es por cierto con-s< •< • i lente excluir normalmente de cualquier imputación a las acciones ,n Iruadas socialmente. Pero si se reconoce que la peligrosidad de una .K i ion, en un autor doloso que entra en el curso causal, nunca resulta ilc ella misma, sino siempre de la disposición reconocible hacia el he-< lio del otro (más al respecto supra IV, 4; V, 1} aparece otra imagen. Se ve entonces que tales casos son ejemplos inumidatorios que nunca ocurren en la vida real. Pues en las acciones cotidianas, que nunca llaman la atención, una tal inclinación hacia el hecho del autor (l( iloso casi nunca será reconocible. ¿Cómo podrían reconocer la incli-i i.ición hacia el hecho de un autor doloso el vendedor de un panecillo, un inquilino que abre la puerta principal de la casa o un mero informante? Entonces, las acciones cotidianas normales ya son eliminadas por el criterio de la inclinación reconocible hacia el hecho.

Lo contrario sólo puede suceder cuando el primer causante dispone de un suficiente y concreto conocimiento especial. Pero entonces la «acción cotidiana» pierde su carácter inofensivo y no es adecuada socialmente ni está cubierta por el principio de confianza. Quien envía al cocinero un condimento especialmente picante, pese a que un tercero le ha advertido

que éste sólo pretende disimular el sabor de la sopa envenenada por él, debe ser penado por homicidio culposo -en tanto no se admita incluso el dolo. No es comprensible por qué el caso deba ser tratado -ceteris paribus- de manera diferente que la entrega del veneno. Si alguien sabe que quien quiere asesinar a su vecino de departamento está frente a la puerta principal con un revólver cargado y a pesar de ello la deja abierta pensando que el vecino se salvará de alguna manera, esto no es menos homicidio culposo que p. ej. el hecho de encerrar, bajo un descuido grave, al vecino en una casa en llamas. Si A de manera creíble asegura que matará a X en cuanto le eche mano, y B acto seguido, descuidadamente, le menciona el paradero de X, B tendrá que ser penado por homicidio culposo en caso de

<sup>(St)</sup> ZStW, lomo 89, 1977, p. 23; comp. con más detalles supra IV, 4.

139

O h ser va c LO] LES a la ..proliibidánje regreso»

que X sea asesinado; la veracidad de la Información no cambia el hecho de que ha posibilitado la muerte de X de igual manera que en otros casos lo hace p. ej. el proporcionar un arma.

La problemática del jarro de cerveza pertenece a un contexto algo distinto. Aquí ya al colocar el jarro es reconocible la disposición hacia el hecho de los camorristas. Si, pese a ello, no puede verse ningún punto de contacto para una imputación de culpa, ello radica no en la «cotidianeidad» de tales acciones. El motivo debe buscarse, más bien, en el hecho de que el colocar un jarro de cerveza en un restaurante, en el cual hay por todos lados numerosos jarros, no eleva el peligro para la víctima potencial. Si uno se imagina la situación de que son los últimos dientes los que se ven envueltos en una riña y a uno de ellos se le sirve un jarro de cerveza, pese a que ha anunciado creíblemente que con el jarro quiere golpear el cráneo del otro, entonces, la «cotidianeidad» del servir una cerveza, en la situación concreta, no impide que esta acción se vincule a una imputación de culpa.

5. ¿Amplia imputación de culpa en los garantes?

Ya se ha expuesto (supra II, 3) que WEHRLE pretende, siguiendo a AKOBS, quitar vigencia a la prohibición de regreso fundamentalmente aceptada por él. Pero incluso sin esto gana terreno la concepción que considera como factor de imputación a la posición de garante. Así,

RUDOLPHI<sup>(11)</sup> opina sin tener que vincularse a determinadas consecuencias: «Pero, para la responsabilidad del causante mediato, también adquiere importancia la cuestión de si éste está obligado, como garante, a evitar el curso de los daños provocado por él de manera inmediata».

Tal desarrollo de la restricción de responsabilidad desde la perspectiva de la dogmática de la omisión es comprensible allí donde se quiere evadir las consecuencias de una prohibición de regreso construida de manera demasiado inflexible. Cuando p. ej. WEHRLE (ver supra) condena por un hecho culposo a aquél que procura al autor

<sup>M</sup> Sí (Abril 1986), n. marg. 72, con. previo are. 1.

140

Observaciones a la «prohibición de regreso»

luluso un revólver después que éste ha declarado que «daría un gol-><•», esto es correcto por sus resultados. Pero la imputación de culpa '¡i está aquí presente porque se trata de la promoción de una inclinación reconocible hacia el hecho y no porque el primer causante haya asumido una posición de garante frente a la víctima debido a la creación de una fuente de peligro. Ciertamente, esto no rige para el caso U'l alquiler de un departamento expuesto al fuego (RG, colección n'nal, tomo 61, p. 318 y ss.); pero entonces -en contra de WEHRLE-;mipoco puede fundamentarse una punibilidad mediante la construcción de una posición de garante. Ya ha sido mostrado el hecho de que la elusión de las restricciones a la imputación mediante posiciones de garante, que pueden construirse arbitrariamente desde la acción primaria, es idónea para difuminar las fronteras de punibilidad en casos de cooperación no dolosa en hechos dolosos y para extenderlas ampliamente (en exceso).

Objetivamente tampoco es correcto que una posición de garante existente frente a la víctima fundamente de manera general una amplia responsabilidad del garante por hechos dolosos de terceros. Pues el dicho de que uno no necesita normalmente contar con hechos punibles dolosos, alcanza a todas las personas y con ello también a los garantes. Si p. ej. los padres permiten que su niño regrese solo a casa, en la oscuridad, después de visitar a una compañera de estudios, no son responsables por homicidio

culposo cuando el niño en el camino cae víctima de un asesino. Eventualmente sí son punibles cuando envían a su hija, sin ningún control y de noche, por un bosque en el cual desde hace algún tiempo han sido perpetrados muchos delitos sexuales no esclarecidos contra niños. Pero aquí ya hay un caso de inclinación reconocible hacia el hecho; y la punibilidad ocurriría igualmente cuando los padres hubieran enviado por el camino a un niño extraño.

La posición de garante tiene una importancia autónoma para la responsabilidad del primer causante solamente en un punto: al existir una posición de garante también se da la responsabilidad del primer causante incluso si su conducta no «promoviera» el hecho, sino cuando, quien se inclina reconociblemente hacia el hecho, toma arbitrariamente por pretexto para su hecho doloso determinadas acciones del

141

## Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente (\*}

Título original: «Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitg ausgelóstem naherlauf», publicado en Goitdammer's Archiv 2003, p. 257-268.

*El artículo se ocupa de dos nuevas sentencias del Tribunal Federal alemán (TFAj relacionadas con la causación del resultado a través de actos realizados en el estadio de la preparación y de la tentativa inacabada (BGH NSiZ 2002, p. 309; p. 475). Siguiendo la jurisprudencia se concluye que, en el primer caso, se presentan lesiones corporales seguidas de muerte y, en el segundo, un homicidio doloso consumado. Se intenta dar una fundamentación profunda a estas sentencias y se defiende, en especial en el segundo caso, la «solución de la consumación» que el TFA arguye admitiendo una desviación no esencial del curso causal, en contra de la «solución de la tentativa» que se está imponiendo en la ciencia. En nombre de todos los colaboradores permanentes del «Goldammer's Archiv für Strafrecht», esta contribución envía calurosos saludos a Paul-Günter Por/, por su octogésimo cumpleaños. A esto se suma el reconocimiento común al destacado trabajo que ha realizado y sigue realizando Paul-Günter Por/, para el Archiv. Y también mi agradecimiento personal a su continua labor promotora (no sólo por el folleto especial de mayo de 1996 dedicado a mi persona).*

#### JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DOMINANTE

Una y otra vez ocurre el caso de que el autor quiere llegar a determinado resultado típico, pero lo causa anticipadamente a través de una acción diferente de la que tenía prevista. Son muy conocidos dos hechos provenientes de la antigua jurisprudencia<sup>11</sup>, En la senten-

"> ROXIN, «Srafrecht. A. T», tomo 1, 3ra. ed., 1997, g 12, n. marg. j70; it:niETZ, «Die Erfolgzurechnung beim 'mislungenen' Rücktritt», 2002.

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales pucüliu cu mardia aiukiljilaineiti.-  
cia del Reichsgericht publicada en DStR 1939, p. 177, el autor había querido matar a su esposa atontándola primero mediante golpes y, luego, atrojándola de un vehículo en movimiento. Pero la víctima murió ya debido a los golpes. En la sentencia del TFA publicada en Goltdammer's Archiv de 1995, p. 123, la víctima, que se resistía a ser «ejecutada» por ahorcamiento, ya había muerto durante la riña que se produjo a consecuencia de su resistencia.

La jurisprudencia ha admitido en ambos casos un homicidio doloso consumado, y ha considerado *que* su puesta en marcha anticipada sería una desviación irrelevante del curso causal. El presupuesto para esta posición fue, en cada caso, que el autor se encontraba ya en el estadio de la tentativa al momento de emprender la acción de matar. Luego, no bastaría un «dolo» en el estadio de los actos preparatorios, i Si el disparo mortal se escapa ya en el momento en que el que el sujeto se encuentra decidido a asesinar a su enemigo, estaba todavía limpiando su arma, solamente hay un homicidio culposo. Pero, por otro lado, con ello no se necesita que se encuentre terminada la tentativa necesaria para admitir un hecho doloso consumado. Cuando el disparo mortal se escapa después de apuntar con el arma, pero antes de presionar el gatillo, se ve esto como un homicidio doloso consumado.

En los últimos dos años esta jurisprudencia ha sido confirmada por dos nuevas sentencias del TFA. Sin embargo, dado que en la literatura, si bien ésta sigue mayoritariamente al TFA, se han formado diversas opiniones discordantes, resulta razonable tratar nuevamente esta problemática empleando nuevo material ilustrativo.

El primer caso<sup>(i)</sup> se refería a hechos en los cuales el autor quería matar a su esposa. Según su plan, esto debía ocurrir de tal manera que él iba a poner a la víctima en incapacidad de resistir (atándola, amordazándola o aturdiéndola) dentro de la casa común. Luego debía ser llevada a un lugar ubicado a 10 km. de distancia, empleando para ello, consecutivamente, dos autos. En dicho lugar iba a obligar a la víctima a dar su firma y luego iba a matar. Pero la mujer murió ya

<sup>i</sup> BGHAS/Z 2002, p. 309.

148

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

«como consecuencia de su primera intervención [del autor] a través de la atadura, el amordazamiento o el empleo del narcótico».

La Tercera Sala, a diferencia de la instancia previa, ha rechazado un asesinato consumado argumentando que la muerte de la mujer habría sido causada todavía durante la etapa de los actos preparatorios. Solamente entraría en consideración una condena por causación dolosa del resultado de muerte cuando el autor «ya antes de la acción causante del resultado del hecho, haya pasado el umbral de la tentativa o, por lo menos, lo haya hecho junto con esta acción...»<sup>CT</sup>. «Yes que, si bien las acciones en el estadio de la preparación pueden servir para realizar el plan del hecho, sin embargo, según la representación y la voluntad del autor, todavía no ponen en movimiento el curso causal que desemboca de manera inmediata en la consumación del hecho, de tal manera que, a falta de un dolo jurídicamente relevante, no se presenta la cuestión de una desviación (esencial o no esencial) entre el curso causal real y el representado. Por ello, si el resultado del hecho se produjera ya mediante un acto preparatorio, solamente entraría en consideración una condena por causación imprudente de este resultado» (luego, aquí tendrían que admitirse lesiones dolosas con resultado de muerte, aunque el TFA no lo diga expresamente<sup>141</sup>).

Los hechos en el segundo caso pertinente han sido decididos por la 5ta. Sala. Los inculpados Z, D y W querían matar a K inyectándole aire con una jeringa descartable, acción de la que se encargaría Z. Para quebrar su resistencia, D y Z golpearon primero «en las zonas de la cabeza y el cuello a la víctima que se resistía», mientras que W la «fijaba» con trapo. Cuando K se encontraba en el suelo y era sostenido por D y W, Z le aplicó la inyección. Pero la muerte de K no sobrevino como consecuencia de la inyección sino de una asfixia. «Debido a los

<sup>(S)</sup> La Sala se remite aquí, además de a la jurisprudencia arriba mencionada, a **Roxix**, »Sira frecht. A. T.», 3ra. ed., 1997, § 12, n. marg. 170; STRATENWERTH, «Strafrecht A. T. I», 4ta. ed., 2000, g 8, n. marg. 94; MAI KACH/ZIPF, "Strafrecht A. T. I», 8va. ed., 1992, g 23, n. marg. 36; CRAMER/STERNHEIW-LILBEN en: Schönke/ Schröder, StGB, 26ta. cd., 2000, § 15, n. marg. 58; PLTPE, en: «Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch», § 15, n. marg. 143.

<sup>(4)</sup> > **BGH** NSIZ 2002, p. 475.

149

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

golpes, se había roto el apéndice de su laringe y había respirado sangre. Incluso si la aguja de la inyección hubiera penetrado en la vena del brazo, lo que no llegó a ocurrir, ni siquiera el doble del volumen de aire hubiera sido suficiente para causar la muerte».

La instancia previa había condenado aquí por tentativa de homicidio en unidad de hecho con lesiones corporales seguidas de muerte. En cambio, el Tribunal Federal admitió un homicidio consumado. «Los inculpados cometieron acciones de lesión causales de la muerte después de ... haberse decidido a matar -inyectando aire- a la víctima. En la aplicación posterior de violencia homicida radica ya el disponerse [o «prepararse»] de manera inmediata a matar en el sentido del art. 22 del StGB, puesto que el poner violentamente en estado de indefensión a la víctima y el aplicarle la inyección ... forman una unidad». Si, tal como aquí ocurrió, se alcanza el límite de la tentativa, solamente una desviación causal esencial puede todavía impedir admitir una consumación dolosa. Sería de «reconocer que una divergencia entre el curso de los hechos producidos y los que pensaron los autores, por regla general, es irrelevante cuando no es esencial, principalmente porque ambos cursos causales son equivalentes». En nuestro caso, el Tribunal Federal considera que esto es evidente sin fundamentar más: «Los dos cursos causales que deben ser comparados son

equivalentes». Según esto, el comienzo de la tentativa es el momento decisivo para la posibilidad de imputar un resultado al dolo. Pero esto no necesariamente un sobreentendido. Tal como precisamente muestra el caso arriba expuesto, se podría hacer que también basten actos preparatorios sostenidos por una resolución a cometer el hecho, siempre que contengan en *sí* mismos un elevado riesgo para la víctima. Y, de manera contraria, también podría uno ver «el curso causal que desemboca inmediatamente en la consumación del hecho» -curso en el que se centra el Tribunal Federal en la primera sentencia- recién en la aplicación de la inyección de aire, de manera que las medidas de violencia que temporalmente se ubiquen antes de ello todavía no puedan sostener una imputación del resultado al dolo. Una opinión que se está extendiendo continuamente en la literatura defiende, efectivamente, el punto de vista de que recién la tentativa acabada fundamentaría una imputación del resultado al dolo; el Tribunal Federal no

150

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

se había ocupado hasta ahora de ella. En el tiempo transcurrido entre la resolución a cometer el hecho y la consumación todavía son imaginables las incertidumbres y diferenciaciones con las cuales se podría vincular la admisión de un dolo suficiente para la consumación del hecho. Todo esto debe ser explicado con más detalle.

II. ¿PUEDE YA UN ACTO PREPARATORIO SOSTENIDO POR LA RESOLUCIÓN A COMETER EL ACTO FUNDAMENTAR UN DOLO CONSUMADO DEL HECHO?

Existe «consenso»<sup>(ii)</sup> en que no es posible esto. Pero los fundamentos que se presentan son vagos. El Tribunal Federal dice, en el caso del secuestro, que surgiría un dolo jurídicamente relevante recién cuando se produjera en el estadio de la tentativa (al poner en marcha un curso causal que desemboque de manera inmediata en la consumación del hecho); de igual modo, en mi manual<sup>(ii)</sup> se dice que no existiría ningún dolo penalmente relevante si, por lo menos, no se presentara en la acción de ejecución; STRATENWERTH<sup>(ii)</sup> \* opina que, en la etapa de la preparación faltaría «aún toda voluntad de realización».

Aun cuando esto es correcto por sus resultados finales, todavía no deja de consistir en afirmaciones sin una verdadera fundamentación. Yes que se

pregunta precisamente por qué una resolución indubitable a cometer los hechos no podría ser un dolo «relevante» o una «voluntad de realización». Algunas concepciones fundamentadoras obvias siguen siendo problemáticas. Así, suena ciertamente plausible que se argumente que no se podría consumir ningún hecho que no hubiera comenzado antes. Pero, en el sentido del uso cotidiano del idioma, se comienza, se "pone manos a la obra» un hecho ya con su preparación, tal como ha

(si P( )>L>K en: Nomos Kommeiuar zum Strafgesetzbuch, g 13, n. marg. 143. MAI RAc.H/Zii" F consideran ciertamente suficientes las acciones que -sean las que posibiliten o preparen» el resultado, pero con esto no se refieren obviamente a los actos preparatorios

<sup>m</sup> Roxix, «Strafrecht A. T», tomo I, g 12, n. marg. 170.

<sup>(1)</sup> StRATEXWERTH, «Sirafrecht A. T.», tomo I, § 8, n. marg. 94.

151

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

demonstrado suficiente para el ejemplo del secuestro; no necesita fundamentarse más que este comienzo precisamente tenga que haber alcanzado ya el estadio de la tentativa si es que va a surgir un dolo.

También puede considerarse que los actos preparatorios no son todavía tan peligrosos como para admitir una consumación dolosa imputable en caso de que estos actos causen el resultado. Pero no siempre existe esta falta de peligrosidad, tal como ha ilustrado el caso ahora decidido por el Tribunal Federal. Tal como acertadamente avisera el Tribunal Federal, aquí tenía que admitirse un acto preparatorio porque en el maltrato que lleva a la muerte de la víctima y la muerte que pretendía el autor todavía existían numerosos pasos intermedios y una mayor distancia temporal y espacial. Pero los maltratos eran igual de peligrosos que p. ej. en el caso de la inyección de aire, en el cual los maltratos dieron pie a una tentativa que el Tribunal consideró suficiente para un hecho consumado pese a la producción anticipada del resultado. Los cursos causales atípicos que surgen de actos preparatorios no peligrosos pudieron descartarse como desviaciones objetivas o desviaciones esenciales, incluso si se llegara a afirmar el dolo.

Una tercera posibilidad de fundamentación radicaría en la tesis de que se socavaría la impunidad de los actos preparatorios estatuida por el legislador si se tomaran estos actos como punto de vinculación para una pena por hecho doloso consumado. Pero al pensar así no se considera que también existen tentativas impunes {tal como ocurría antes en las lesiones corporales) que, pese a la opinión dominante, pueden servir de base para un hecho consumado cuando el resultado se desate anticipadamente. Y también, al admitir un hecho consumado no se desbarataría por se la impunidad de la preparación. Más bien la punibilidad se limitaría al caso de la producción del resultado; y precisamente la cuestión es saber si con ello se trata de una preparación o no.

Así, para fundamentar la opinión dominante solamente queda una tercera reflexión: que, a saber, el resultado tenga que basarse en una acción típica dolosa y que esta acción vaya desde la disposición (preparación) inmediata hasta el último acto parcial anterior a la con-

152

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

imputación (es decir p. ej. desde el apuntar hasta el presionar el gatillo y el arma) con el cual se mata (a balazos) a la víctima. Si el disparo se escapa por sí solo después de apuntar, pero antes de presionar el gatillo, debido a un movimiento descuidado, la acción típica dolosamente (I rigida se ve reducida, pero -a diferencia de lo que ocurre al desatarse el resultado en la etapa de la preparación- sí que existe aún. Esto es suficiente para admitir una consumación dolosa cuando el curso causal realizado y el que se buscaba, bajo puntos de vista normativos, son equivalentes y la desviación, en consecuencia, no es esencial. La equivalencia, por su parte, depende, según la concepción que yo he desarrollado, de la «realización del plan», criterio decisivo para la imputación al dolo<sup>(R)</sup>: «Un resultado debe ser visto como doloso cuando y porque, bajo una valoración objetiva, se corresponde con el plan del autor».

En mi ejemplo del arma esto es lo que evidentemente ha ocurrido: bajo una valoración normativa (y normalmente también desde la perspectiva del tirador) da lo mismo, para la realización del plan del autor, el si el disparo mortal que se pretendía hacer se suelta al presionar el gatillo o al apuntar.

Lo mismo rige para los diferentes cursos causales en el caso de la inyección de aire.

Con ello se ha expuesto que el desencadenamiento del resultado mediante actos preparatorios, en todo caso, no puede arrastrar a una punición por un hecho consumado doloso, y se ha encontrado una explicación de por qué, por regla general, será diferente en el estadio de la tentativa cuando una acción, que se encuentra antes del último acto parcial avistado, causa el resultado. Con ello se provee una justificación a nuestros dos fallos del Tribunal Federal: la diferencia de las consecuencias se debe a que, en el caso del secuestro, el resultado *no* ha sido desatado por una acción típica, pero ello sí que ha ocurrido en el caso de la inyección. Sin embargo, una opinión muy difundida y que se está imponiendo tampoco permite que sea suficiente la Causación del resultado a través de una tentativa inacabada; o sea, en el caso de la inyección de aire no admitiría un asesinato consumado,

<\*> Roxin, «Strafrecht A. T.», § 12, n. marg. 6.

153

dolosamente llevada a cabo. El autor tiene que saber y la responsabilidad tiene que , sostener que se ha hecho todo lo necesario para la consumación. Solamente esta tentativa máxima, como base de la consumación objetivamente imputable, justifica la pena del hecho doloso consumado». El

<\*> FBANK, «Strafgesetzbuch», 18va. ed., 1931, § 46 IV.

no KL-PEK, a quien se remite para las citas detalladas, menciona 14 autores (entre ellos, algunos con muchas citas); ver ZStW 112 (2000), p. 35. Comp. también las ref. en ROXIN, «Strafrecht A. T.», lomo II, Ira. ed. 2003, g 29, n. marg. 62

y 74.

<sup>1111</sup> SCHKOKDKR, en: «Leipziger Kommentar». I Ira. ed. a partir de 1992, § 16, n. marg. 34; JAKOHS, «Strafrecht A. T.», 2da. ed., 1991. cap. 8, n. marg. 76.

<\*> WOLTER, L. H. a Leferenz, 1983, p. 562 y ss.: ya antes, en ZStW 89 (1977), p. 700.

<sup>(13)</sup> WOJTW (nota 12), p. 563,

154

Ai . ii . i ilr Li imputación (M resultado en Jos curso

l |<u. .r. .\*. m imirdiii jintiripariitiiii'iite

sino «solamente» una tentativa de asesinato en unidad de hecho f uni dad de acción! con lesiones *irmiiti*"<> ^-----

\_\_\_\_\_,,,, . Mm u,nuiuvii ue asesinato en unidad de hecho f uni

dad de acción] con lesiones seguidas de muerte. Esto necesita sei discutido.

III. ¿PUEDE VA LA TENTATIVA INACABADA SOSTENER UN HECHO DOLOSO CONSUMADO, O SINO SE NECESITA AUN QUE HAYA UNA TENTATIVA ACABADA?

Es antigua la tesis de que antes de la tentativa acabada todavía no existiría un dolo de consumación; esta tesis fue defendida ya antes por FRANK<sup>(11)</sup>. Pero recién últimamente ha encontrado numerosos seguido-res<sup>(10)</sup>. El Tribunal Federal, en la sentencia de la inyección de aire, cita solamente a SCHROEDER y a JAKOBS<sup>(11)</sup> como si solamente ellos se apartaran de la opinión dominante, pero no ha considerado necesario, ni en esta sentencia ni en otro lugar, debatir con esta concepción. Aquí solamente se mencionarán algunas voces representativas. Ya prematuramente WOLTEK<sup>(12)</sup> ha fundamentado, de manera muy precisa, la posición contraria. Según él<sup>(13)</sup>, el fundamento penal del hecho doloso consumado es el ataque (acabado) especialmente peligroso (idóneo) e intensivo contra el bien jurídico protegido. Es decir, «la tentativa peligrosa de llegar al resultado, responsable y

Ai m,i dela imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha amicipadiimemc

i icsgo de ser penado por consumación se debería «solamente impo-nri contra aquél autor que haya mantenido el dolo y la culpabilidad li.isia la completa puesta en marcha de su plan del hecho y, con ello, li.isla la terminación de su tentativa»<sup>(14)</sup>.

Entonces, la razón para negar la pena por consumación cuando de desatara anticipadamente el resultado en la etapa de la tentativa radicaría en «que el autor, según su representación, no crea aún una ululación de peligro de la cual pueda desarrollarse independientemente el resultado típico»<sup>11111</sup>. Por ello, la tentativa inacabada sería «un N(T delictivo defectuoso», un simple «fragmento de dolo» en relación con la tentativa acabada<sup>(11)</sup>, un «dolo inicial» o un «dolo de tentativa»<sup>71</sup>, que debería ser diferenciado del dolo de consumación que i crien aparece con la terminación de la tentativa.

De manera similar argumenta esto una concepción que se basa en que el autor solamente actuaría dolosamente cuando se realizara un riesgo del cual él es consciente. Ello faltaría cuando el disparo, en contra de la representación del autor, se soltara anticipadamente o cuando la víctima



-en nuestro caso resuelto por el Tribunal Federal-no muera debido a la inyección de aire sino a los golpes «en el sector de la cabeza y el cuello». «El autor» -dice JAKOBS<sup>14</sup>- «no conoce, pues, en las configuraciones de casos descritos las condiciones del resultado, de manera que no realiza un riesgo que él conoce». El autor, tal como también enfatiza FRISCH<sup>15</sup>, se ha «decidido aquí solamente a actuar para crear un riesgo que -mediante la relación de la acción con las

<sup>14</sup> WOLTKK (nota 12), p. 565.

<sup>15</sup> KLTF.R, ZStV 112 (2000), p. 36.

<sup>16</sup> Ambas expresiones en STRI/KNSKK, L, C. a Armin Kaufmann, 1989, p. 538,

<sup>17</sup> KLI-LK, ZW 112 (2000), p. 36.

<sup>18</sup> JAKOBS, «Strafrecht A. T.», cap. 8, n. marg. 76; igualmente SCHROTH, «Vorsatz und Irrtum», 1998, p. 98 y s.

<sup>19</sup> FRISCH, «Tatbestandsmäßiges Verhaken und Zurechnung des Erfolges», 1988, p. 623.

155

acciones que en realidad han sido vistas como hechos de homicidio-basta como riesgo desaprobado en el sentido del delito de tentativa». También se intenta hacer valer el tenor de la ley para que el dolo suficiente para la consumación se presente recién con la tentativa acabada. El «conocimiento» en el cual el art. 16, primer párrafo (del C. P. alemán) se centraría para el dolo, tendría que referirse a algo real, mientras que, según el art. 22, la «representación» suficiente para la tentativa podría abarcar también lo irreal<sup>20</sup>. Recién cuando el autor suelte los acontecimientos de su mano, tendría «el conocimiento (art. 16, primer párrafo) de cometer una acción típica y no meramente la representación de intentarlo»<sup>21</sup>.

Finalmente, el rechazo a una consumación dolosa cuando el resultado, se hubiera desencadenado en el estadio de la tentativa acabada también se deduce de consideraciones «normológicas»<sup>22</sup>. «La norma de conducta del art. 212 («no mates») recién es lesionada por aquél que suelta de sus manos los acontecimientos. Pero quien cree que solamente está anesteciando a su víctima, aún cuando quiera matarla después, todavía no es consciente de ninguna infracción contra la verdadera prohibición de

matar. Recién quien lleva los hechos tan lejos (desde su perspectiva, por sí mismos van a llevar al resultado, «onira la verdadera prohibición de cometer el hecho»<sup>23</sup>).

Entonces, uno se encuentra frente a una intimidante falange de jueces y argumentos cuando quiere defender al Tribunal Federal contra una concepción en pleno avance que dicho Tribunal ni siquiera ha incluido todavía en sus consideraciones. De cualquier modo, esto va a intentarse, sobre todo porque la opinión dominante que sigue al Tribunal Federal hasta ahora ha replicado poco a sus opositores.

Sin duda es una correcta «descripción del fenómeno»<sup>24</sup> afirmar que en caso de una causación adelantada del resultado en el estadio

<sup>20</sup> SCHLKHOFKR, «Vorsatz und Tatabweichung», 1996, p. 19/20.

<sup>21</sup> SCHLIEBIKTZ (nota 1), p. 66.

<sup>22</sup> STKLEENSEE (nota 16), p. 523, 337.

<sup>23</sup> SCHUEBIKTZ (nota 1), siguiendo a Struensee.

<sup>24</sup> KCPER, ZStV 112 (2000), p. 36.

156

Acto de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en anticipadamente

de la tentativa inacabada, tanto la acción objetiva de ejecución como el dolo que la acompaña se ven acortados. Pero se trata de una cuestión «mativa el si este acortamiento impide la imputación del resultado». Incluso en caso de una intención del autor dirigida a la realización del Upo. Esta cuestión no puede solucionarse ni indicando diferencias lógicas ni a través de construcciones que anticipen la conclusión. Yes es tan posible construir una diferenciación entre dolo de tentativa y dolo de consumación, como también admitir un dolo unitario de realización típica que vaya desde el comienzo hasta la terminación de la tentativa, y para el cual un desencadenamiento anticipado del resultado aparezca como una desviación causal. El si deba preferirse una u otra construcción, es una cuestión de valoración político-criminal.

Bajo puntos de vista normativos, me parece que la cuestión central es si entre la tentativa inacabada y la acabada existe una diferencia de injusto y de culpabilidad que obligatoriamente lleve a las consecuencias postuladas

por los detractores de la opinión dominante. Esto debe ser rechazado por diferentes motivos.

*En primer lugar*, ciertamente ha hecho menos quien no haya "aguantado» hasta la tentativa acabada. Pero, la realización típica, después de todo, ha surgido de manera objetivamente imputable de una tentativa inacabada que contiene el peligro de llegar al resultado. En la mayoría de las tentativas recién el último acto parcial de la acción ejecutiva (coger el bien que se quiere hurtar, la puñalada con el cu-rhillo) puede llevar al resultado. Pero si la tentativa acabada contiene el peligro del resultado -y solamente se trata de esos casos-, entonces, la tentativa inacabada tiene otra calidad. En aquella etapa donde ya puede desatarse un curso causal -por sí solo o por un descuido o como consecuencia de un empleo masivo de violencia-, el autor, en tanto el resultado se produzca de esa manera, ya no ha tenido en sus manos los acontecimientos del mismo modo que en el caso de la tentativa acabada. Luego, ambos casos se encuentran muy cerca uno del otro y se diferencian sólo en que el delincuente, en la tentativa inacabada, no suelta conscientemente el curso causal.

Pero esta diferencia no justifica un tratamiento diferente cuando el plan del autor se realiza de manera equivalente al desatarse anticipadamente el resultado. Si el autor ha pensado que ya un acto vio-

157

solamente les bastaría con afirmar que no habían pensado en ello para escapar a una punición por homicidio consumado. Por cierto que SCHLIEBIETZ<sup>(-i)</sup> replica a esta argumentación con la conocida objeción «de que el derecho material no estaría a disposición de una diligencia de pruebas sin dificultades». Pero el derecho material tiene que delinear consecuencias correctas; esto no puede ocurrir cuando sus consecuencias jurídicas dependen de circunstancias que no pueden probarse y que son irrelevantes para la valoración de los acontecimientos.

La argumentación que aquí se expone se apoya también con el hecho de que el legislador trata por igual a la tentativa inacabada y a la acabada. El no está obligado a hacerlo. Si hubiera sido de la opinión de que la tentativa inacabada se basaría en un dolo totalmente diferente y menos importante que el de la tentativa acabada, hubiera tenido que prever una atenuación obligatoria de pena para el primer caso, tal como también exigen algunos defensores de la tesis del dolo de consumación<sup>(vii)</sup>.

<.<sup>fl</sup> ScHui-Bim (nota 1), p. 75.

<.-"> Armín KALFMANX, ZSfWSO (1968), p. 51 y s.; WOLTER (nota 12), p. 564.

158

Acerca de l' imputación del resultado cu los cursos. .1.1. il. |>n i.. >• ni .111 li,i anticipada mente

lento, anterior al último acto parcial avistado, podría llevar al resultado, si esto ocurriera, en todo caso se presentaría una causación consumada del resultado con dolo eventual pese a la anticipación. ¿Por que tendría que ser diferente sólo por el hecho de que el aulor no ha pensado en algo para lo cual no lenía ningún motivo puesto que ello le pudo ser indiferente ante la posibilidad de que el plan se realizara de cualquier modo?

La posición contraria, defensora del dolo especial de consumación, exige un deshilachamiento psicológico del dolo que no está cubierto normativamente. Pero centrarse en ideas que se quedan en lo interno, además de su incorrección normativa, es impracticable. Yes que la cuestión de si los autores, p. ej. en el caso de la inyección de aire, al dar golpes a la cabeza y el cuello de la víctima han pensado en el posible carácter mortal de estos golpes, no puede esclarecerse empleando medios forenses. Aun cuando ellos hubieran pensado eso e internamente lo hubieran dejado de lado con un «qué más da», dentro del proceso penal

IVro el legislador no ha hecho esto y, con ello, ha rechazado implícitamente la posición contraria. Lo anteriormente expuesto y lo que todavía viene va a demostrar que el legislador ha tenido buenas razones para ello.

*En segundo lugar*, viendo las cosas con más detenimiento, tampo-ro convence tanto la idea de que solamente merecería la pena de consumación aquél que «ha mantenido el dolo y la culpabilidad" hasta la terminación de la tentativa (WOLTER). Es cierto que se tiene que t onsiderar a favor de aquél que haya desatado el resultado, sin querer, en el estadio de la preparación, el hecho de que todavía «no había ocurrido nada» y que pudo haber cambiado de opinión en cualquier momento. Pero el autor de la tentativa se ha preparado (dispuesto) de manera inmediata, ha pasado la «prueba de fuego de la situación crítica» y, como formula el Tribunal Federal, ha sobrepasado el «umbral del 'ahora es cuando' [o, de manera más literal: 'ahora comienza'] ». No se tiene que exigir más capacidad de aguantar. Ciertamente el sujeto, teóricamente, todavía hubiera podido dar marcha atrás<sup>127i</sup>; algo que quedará sin embargo como mera teoría debido a

la falta de puntos exteriores de referencia, No obstante, por un lado, a menudo es posible también un desistimiento de la tentativa acabada, de manera que en tal medida no existe ninguna diferencia. Y, por otro lado, el autor que se encuentra en el estadio de la tentativa inacabada no tiene derecho a que quede intacta para él la posibilidad del desistimiento, tal como muestra el caso de la tentativa fracasada.

El «mantener» tampoco puede ser un punto de vista decisivo en la imputación al dolo porque, a menudo, también puede probarse que existe este dolo cuando el resultado se produjera ya mediante una acción en el estadio de la tentativa inacabada. Así, en el caso de la inyección de aire decidido hace poco por el Tribunal Federal, si bien la víctima se había asfixiado como consecuencia de los maltratos anteriores, los autores, no obstante, habían aplicado la inyección de aire, o

<sup>44</sup> No se va a tratar aquí con más detalle la cuestión igualmente muy polémica de si es posible un desistimiento cuando el resultado se produjera en el estadio de la tentativa inacabada. CfV. al respecto, Roxix, «Strafrecht A. T.», tomo II, § 30, n. marg. 113 y ss.

159

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales jmcMu\* ni iu;in li; i anticipadamente sea, habían realizado su plan por completo y en el sentido de una «tentativa máxima». Lo correspondiente rige también para otros *leading cases* en este ámbito: el autor (en el fallo citado en «Deutsches Strafrecht» de 1939, p. 177) que quería matar a su esposa, adormeciéndola primero y luego arrojándola desde un tren en marcha, llegó a ejecutar completamente este plan, incluido el arrojar desde el tren, si bien existía la posibilidad de que la mujer hubiera muerto debido a las lesiones que se le infligieron antes. También en el caso del Tribunal Federal (GA 1955, p. 123) los autores habían colgado todavía a la víctima, aunque ésta ya había muerto -lo que los autores no notaron- debido al estrangulamiento que había sufrido antes. Entonces, en todos estos casos, incluso desde el punto de vista de la opinión aquí criticada había un desvalor imputable del resultado y un pleno desvalor de la acción. Frente a esto, admitir una mera tentativa resulta rebuscado y ajeno al mundo.

Además debe pensarse que también la tentativa acabada, a menudo, exige todavía un «mantener». Quien, con la intención de matar, da a su víctima un veneno que desarrolla sus efectos recién dentro de tres meses y que puede ser neutralizado con un antídoto en cualquier momento (incluso según la doctrina del dolo de consumación para la cual indudablemente habría dolo), dicho autor tiene de facto que mantener su resolución todavía tres meses. No hace ninguna diferencia el que esto ocurra por omisión puesto que ello, por razón de la injerencia, equivale a un hacer. Si, en contra de lo que se espera, la víctima muriera envenenada ya después de un mes, sin duda habría un homicidio doloso consumado, pese a que todavía faltaría un trozo de «voluntad de mantener». ¿Y entonces por qué debería ser esto básicamente tan diferente en el caso de la tentativa inacabada?

En tercer lugar, finalmente, tampoco se puede decir siquiera que la tentativa acabada sea siempre más peligrosa que la inacabada o que manifieste una mayor energía criminal. El caso de la inyección de aire provee un buen ejemplo de que, los maltratos mortales realizados en el estadio de la tentativa inacabada eran mucho más peligrosos que la inyección de aire que terminó la tentativa, inyección que, en la forma prevista era un medio inidóneo para matar.

160

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

Y quien deja anticipadamente de golpear a su víctima porque no considera posible que las lesiones hasta ahora infligidas llevarán ya a la muerte, no revela una mayor energía criminal que aquél que continúa golpeando sin pensar en que los maltratos hasta entonces infligidos eventualmente habían causado ya la muerte. ¿Por qué debería descargarse cuando más tarde se descubriera que ya uno de los primeros golpes había sido mortal?

Si se ponderan, en su totalidad, todos estos aspectos aquí resumidos en tres puntos de vista guías, entonces aparece apropiado admitir todavía un hecho doloso consumado también en caso de un resultado desencadenado mediante una tentativa inacabada, siempre que el curso causal pretendido y el real sean equivalentes, de manera que, bajo una valoración objetiva, los hechos se manifiesten como realización del plan del autor. Tal realización del plan se presenta primero cuando el resultado se produce de la manera

pretendida, si bien a través de un acto anticipado (un disparo que se suelta tempranamente, un golpe anterior). Pero también se presenta esta realización del plan cuando el resultado se produce de una manera exteriormente distinta, tal como ocurrió en las tres sentencias determinantes de la jurisprudencia: la víctima no muere por la caída del tren sino debido a la anestesia que se le aplicó antes; ella no muere ahorcada sino por las circunstancias colaterales de su detención, o no muere por una inyección de aire sino por los maltratos que debían ponerla en estado de indefensión. Y es que en los tres casos el curso causal real no merece una valoración distinta que la del curso causal pretendido. La desviación también era indiferente para los propios autores. Y es que si en el caso decidido por el Tribunal del Reich (Deutsches Strafrecht 1939, p. 177), se iba a simular una muerte accidental arrojando a la víctima desde el tren, esto también era posible si la víctima hubiera muerto antes dado que las lesiones infligidas, en uno y en otro caso, quedarían visibles. También en los otros dos hechos (sentencias del Tribunal Federal publicadas en: GA1955, p. 123; JVSIZ?002, p. 475) interesaba a los autores, en primer lugar, la muerte y no la forma concreta de su causación.

Solamente es diferente cuando el desencadenamiento anticipado del resultado o bien ni siquiera es imputable (la víctima es alcanza-

161

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente por un rayo inmediatamente antes de que se produzca el disparo mortal), o bien ya no es comprendido por la dimensión normativa del plan del autor (la víctima iba a recibir solamente una bofetada, pero resulta gravemente herida por el disparo que se escapa del revólver que el autor llevaba en su pistolera). Aquí solamente se presenta una tentativa dolosa de homicidio o una tentativa dolosa y una lesión corporal imprudente.

Si se siguen las reflexiones expuestas, se solucionan por sí mismos los problemas de construcción. El que, al desencadenarse anticipadamente el resultado en el estadio de la tentativa, se realice un riesgo distinto del representado solamente puede decirse cuando sea establecida una diferencia cualitativa entre la tentativa inacabada y la acabada que no esté justificada normativamente. Si se sigue la opinión aquí defendida, debe verse el intervalo comprendido entre el comienzo y el final de la tentativa

como un riesgo único que, bajo una realización adecuada al plan, justifica una imputación del resultado al dolo.

De manera parecida ocurre con el «conocimiento» en el sentido del art. 16, primer párrafo [referido al error de tipo]. Si uno admitiera ya un «cometer» desde que se entra al estadio de la tentativa, no tiene sentido diferenciar entre conocimiento de la tentativa y de la comisión. Más bien, el art. 16, primer párrafo, es válido para toda la fase de la ejecución de manera que no puede aplicarse, p. ej. al error producido en el estadio de la tentativa inacabada, el art. 22 [referido a la definición de la tentativa]<sup>(a8)</sup>.

Finalmente, tampoco la «lógica normativa» proporciona un argumento teleológicamente válido. Solamente quien artificialmente separe tentativa y consumación puede afirmar que el autor decidido a asesinar a su víctima no atendería aún, en el estadio de la tentativa inacabada, contra la prohibición de matar. En vez de ello se tendrá que decir que la prohibición de matar también abarca la prohibición de intentar matar. Con razón enfatiza TIEPI-MANN<sup>11</sup> que contradiría

<sup>11</sup> Sentando las bases al respecto, HROEXKAMP, L.-H. a Roxin, 2001, p. 689 y ss. ^ TIUEMANV, L.-H. a Baumann, 1992, p. 11.

162

Acerca de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente

dando la tradición de la teoría de las normas como también cualquier contenido normativo razonable querer estatuir p. ej. una norma de conducta que diga: 'no intentes matar'. La misma determinación de conductas es conseguida ya por la norma 'no mates', porque, como es sabido, no existe una tentativa cuando el dolo no se ha dirigido a la Consumación».

#### IV. SOLUCIONES DIFERENCIADORAS

También se han formulado propuestas que discurren entre los duros frentes formados por la solución de la tentativa y la solución de la consumación. ASIVON SCHEURL<sup>12</sup> busca centrarse en si los actos parciales, de los cuales uno de ellos lleva anticipadamente a la tentativa, son separables o no. Si el disparo mortal se escapara ya al levantar Lihruptamente el arma, habría

una tentativa dolosa consumada porque los acontecimientos han sido ejecutados «en un movimiento» y «no debido a resoluciones diferentes y renovadas». Si, por el contrario, el autor quisiera matar a la víctima dándole diferentes dosis de veneno en diferentes oportunidades, entonces solamente habría una tentativa cuando ya una de las primeras porciones lleva al resultado: «El desvalor de la acción todavía no está totalmente presente».

De esto es cierto que, en caso de una unidad natural de la acción entre levantamiento abrupto y presionar el gatillo o entre numerosos golpes consecutivos, no resulta especialmente realista ni normativamente adecuado separar entre dolo de tentativa y dolo de consumación. Pero aun cuando el autor, en vez de matar a su víctima -como esperaba- ron la quinta porción de veneno lo haga ya con la cuarta, rigen todas las razones que arriba se han hecho valer para admitir un hecho doloso consumado. El supuesto menor desvalor de la acción no justifica la diferenciación; además, no está libre de arbitrariedad la diferenciación entre actos parciales separables e inseparables<sup>11</sup>. En los casos antiguos de la jurisprudencia VON SCHEURL prcten-

(3») VON SCHEURL, «Rückultt vom Versuch und Tatbetciligung mehrerer», 1972, p. 48/49.

<sup>1311</sup> Así cambien SUIUEBII-.TZ (nota 1), p. 59.

163

Acerca de la imputación del resultado cuu Ins cursos cuui-sillr» puoli» <rii niirrliii iuliupadainente de ver las lesiones de la víctima y la acción seguida de arrojarla del tren o colgarla como una unidad inseparable, admitiendo con ello un hecho consumado. Desde el punto de vista aquí defendido, esto es corréelo como resultado final. Pero no puede responderse con claridad si el acto final puede separarse de las lesiones que lo precedieron.

PuppE<sup>1321</sup> se centra en si el autor ha reconocido el «peligro de dolo», lo que, según ella, ocurriría cuando haya reconocido tantos factores fundamentadores del peligro que, según las reglas de cuidado vigentes, estaba obligado a contar con la posibilidad de que se produzca el resultado<sup>1331</sup>. Según ello, las lesiones que le hayan sido infligidas a la víctima en los tres precedentes arriba tratados y que han causado la muerte

fundamentan, sin más, un homicidio consumado, pues, estas lesiones constituían un medio idóneo de matar, «para lo cual es una cuestión de su fuero interno [del autor] el hecho de si y cómo se ocupa de ello»<sup>(M)</sup>.

Esto coincide en lo básico con la opinión arriba defendida, según la cual, la tentativa contenedora del peligro de resultado fundamenta una imputación al dolo, aun cuando el autor no hubiera pensado en los efectos del acto parcial causante anticipadamente del resultado. Esta concepción también acierta, sobre todo, en su rechazo a un exagerado empleo de la sicología. Por cierto que no queda claro por qué PUPPE decide de manera distinta cuando el autor quería adormecer a su víctima con un somnífero antes de matarla, y esta muere anticipadamente ya debido a este somnífero al cual era alérgico. Según las circunstancias del caso concreto puede aquí tratarse de un curso causal imprevisible (de manera analógica a los casos de hemofilia), en los cuales se descarta ya la imputación objetiva. O si no ocurre que el autor, según cómo se presenten los hechos, tuvo que contar desde el inicio con un efecto mortal de las tabletas. Pero entonces, también según las premisas de PUPPE, debería admitirse un ho-

<3i) PUPPE, «Vorsacz und Zurecbnung», 1992. (3§) pL-pe (nota 32), p. 28 y s., 39 y s. <341 PLTPE (nota 32), p. 39.

164

Ai ITI a de la imputación del resultado en los cursos causales puestos en marcha anticipadamente iiicidio doloso porque el empleo de las tabletas constituía un método idóneo paramatar<sup>(b)</sup>.

## V. RESUMEN

Entonces resulta que, al final, son correctas las dos sentencias i (Tientes del Tribunal Federal (ver *NStZ* 2002, p. 309, 475) sobre el desencadenamiento anticipado de cursos causales que provocan el resultado. Pero ellas necesitan aún una fundamentación más profunda. Sobre todo falta hasta ahora una mayor discusión con la concep- < jun en expansión, según la cual solamente puede existir un hecho doloso consumado cuando el autor termina la tentativa y ha soltado de sus manos, conscientemente, el curso causal. La concepción tradicio-u:il <juc aquí se

defiende, la cual, también en caso de un desencadenamiento anticipado en el estadio de la tentativa, explica un hecho consumado a partir de la irrelevancia de las desviaciones causales anteriores, intenta recuperar esta fundamentación y remite, con ello a un problema fundamental más profundo de nuestra dogmática: así como la imputación al tipo objetivo es más que un problema causal, así también la imputación al dolo es más que un resultado psicológico.

**crítica.**

<sup>(33)</sup> Cfr. al respecto también SCHLIEBIET/ (nota 1), página 61 y s., con similar 165

## Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo<sup>{\*}</sup>

Título original: «Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Warnung der Vorsatzgefahr». Se publicó, en su versión alemana, en el Libro *Kyrie a Rudolphi*, Munich, 2004, p. 243 y ss.

que se produzca el resultado, en parte exigen, además de la representación de una posible producción del resultado, factores volitivos adicionales, tales como el contar [Inkaufnehmen] aprobatoriamente con que se produzca el resultado, el tomar en serio el peligro, el conformarse con éste o la decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

Últimamente se ha relativizado cada vez más, a través de parámetros normativos, la subdivisión entre doctrinas delimitadoras cognitivas y volitivas<sup>11</sup>. Quiero aclarar esto a partir de dos de las concepciones más diferentes, en cuya discusión me voy a concentrar en lo que sigue.

<sup>m</sup> Cfr. p. ej. las ref. en SCHÜXEMAXX, «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», en L. H. a Hirsch, 1999, p. 376.

169

I. Durante mucho tiempo el dolo, y con él el dolo eventual, han sido vistos como elementos puramente descriptivos. Esto se entiende por sí solo en el finalismo. Para el cual el dolo se debe a datos estructurales del ser previos e indisponibles. Pero también los criterios usuales del dolo tales como «conocer y querer», y las características empleadas para el dolo eventual han sido formuladas como datos síquicos, sin importar si se recurre a una representación de posibilidad o probabilidad del autor a una aprobación del posible resultado, a. un tomar en serio esta posibilidad, a un conformarse con ello, o a una decisión a favor de una posible violación del bien jurídico. Los datos empíricos del tipo, que anteriormente se ha señalado solo con algunos ejemplos, hacen como criterio de la delimitación ajuicios puramente cognitivos, como la admisión de determinada probabilidad de

un desenlace feliz. Quedan fuera de consideración «los mecanismos irracionales de asimilación del autor condicionados constitucional o situacionalmente»<sup>71</sup>. Luego, cuando alguien repele a su perseguidor apuntando y disparándole a su tronco<sup>8)</sup>, ha cometido una tentativa de homicidio o un homicidio con *dolus eventualis* «independientemente de si hubiera querido o no producir el resultado de lesión». Lo decisivo es, entonces, el parámetro normativo y no la postura subjetiva del autor individual.

Representando a la posición contraria puede exponerse aquí, para no abundar, la que desarrollé hace 40 años<sup>9)</sup>, la cual considera

<sup>71</sup> Solamente menciono los siguientes trabajos: «Der Vbrstellungsinhalt des *dolus eventualis*», *ZStW* 103 (1991), p. 1 y ss.; «Vorsatz und Zurchnung», 1992, p. 35 y ss.; «Strafrecht ais Kornmunkation», en L. H. a Grünwalti, 1999, p. 469 y ss., 487 y ss.; "Nomos Kommentar zuñí Sirafgeseubuch», 1995, § 15, n.

marg. 17-155; «Sirafreehl. Aligemeiner Teil», tomo I, 2002, § 16, p. 290-320, n. marg. 1-48.

<<sup>3</sup>> PL-PPí, *ZSeW*(nota 2), p. 31.

<sup>141</sup> PLWI-; «Srafrecht A. 1» (nota 2), § 16, p. 314.

<<sup>5</sup>> Prmí, *ZSiW*(notz2), p. 41.

<"> Pu-i'K, «Srafrechi A, T» (nota 2); p. 316 y pássim.

<<sup>7</sup>> PUITK, *ZSW*(nota2),p. 33.

(«) pi/j'i>E denomina «los disparos dirigidos al tronco» como «típicos métodos de homicidio»; ver «Sirafrecht A. T.» (nota 2), p. 315.

<sup>m</sup> ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewubter Fahrlássigkeit», *JuS* 1964, p. 53 (igual en; «Strafreclituche Grundlagenprobleme»,

170

Arrrcti je jajtciirHiliviziicirtn ijcl dolus cyen!UiUs y l.i ilmiiii.i <I |" Iij'.i» de doli

La primera es defendida, con perspicacia y apasionamiento, desde hace más de diez años, en numerosas publicaciones, por Ingeborg PupFE<sup>(a)</sup>. Según esta autora, actúa con *dolus eventualis* quien establece un «peligro calificado»^ de que se produzca el resultado, o sea un llamado peligro de dolo<sup>(4)</sup>: «Un peligro de dolo es... aquél que solamente colocaría un autor razonable cuando se conforme con la producción del resultado, lo haga suyo, etc.», cuando «un ser razonable aceptaría solamente bajo la máxima de que el resultado de lesión vaya a ocurrir o por lo menos pueda ocurrir»<sup>111</sup>. La conducta del autor tiene que suponer una estrategia idónea para la realización del resultado<sup>(ii)</sup>. Si esto es así, existe *dolus eventualis*, incluso si *el* autor no hubiera tomado en serio el peligro y haya confiado en

Acerca de la normaliví7,adón del dolus ev e uní a lis y la doctrina del peligro de dolo

11 uno criterio de delimitación determinante a «la decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico». Esta concepción ha encontrado una gran cantidad de adeptos famosos<sup>1111</sup>; entre ellos también Hans (nachim RUDOLPHI<sup>(ii)</sup>, el venerable homenajeadado, según quien «lade-i i.sión del autor a favor del injusto típico» representa «la esencia del ilolo» y el elemento más importante «para cumplir con la forma de Culpabilidad más grave». Este punto de vista puede considerarse dominante en la actualidad, puesto que tal *decisión* (a favor del injusto) | mede admitirse cuando se actúe pese a que se ha tomado en serio un peligro de realización del tipo, al conformarse con la posibilidad de la producción del resultado o también



cuando «el autor, al conocer el riesgo, se apropie de los elementos constitutivos del injusto»<sup>112)</sup>. Tam-I >irn la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, que -como es sabido- exige para el dolus eventualis un «contar aprobatoriamente» con el resultado, dice al final lo mismo.

Pero también estas teorías «volitivas» están experimentando una creciente normativización. Así, ya en mi manual<sup>113)</sup> se dice que el concepto de *decisión* debería «juzgarse, como todos los conceptos jurídicos, no como un desnudo dato síquico, sino siguiendo parámetros normativos». No se trataría de un acto volitivo reflexivo similar a una «resolución». Quien, por indiferencia, no asumiera una posición al haber reconocido claramente la posibilidad de que se produzca el resultado y no apartara de su cometido, esta persona se habría decidido con ello en contra del bien jurídico protegido. RUDOLPH<sup>(H)</sup> admite sin más, en

1972, p. 20). En la versión más reciente ver: "Strafrecht A. T.", tomo I, 3ra. ed., 1997, g 12, p. 372 y ss.

"" Cfr. las ref. en ROXIN, «Strafrecht A. T.» (nota 9), § 12, n. marg. 23, nota 28.

"" Riwu'HL en «System a tisches Kommentar zum Strafgesetzbuch», 7ma. ed., 2002, §16, n. marg. 4.

<sup>(12)</sup> En este sentido, SÍ.HROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewulStt'r Fahrlässigkek», JuS ¡992, p. 1 (7); y con más detalles en «Vorsatz ais Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale», 1994.

<n> Roxix, «Strafrecht A. T.» (nota 9), § 12, n. marg. 30. <14> RLIK>IJ>HI (nota 11), g 16, n. marg.37.

171

dolus directus, una decisión a favor de la realización del resultado. «No se necesita aquí comprobar, de manera especial, el elemento volitivo del dolo». Y aunque HASSEMER<sup>114)</sup> enfatiza que: «El dolo es la decisión a favor del injusto», también dice: «Quien conoce todas las circunstancias perjudiciales y pese a ello actúe, no será escuchado cuando afirme que esto no se corresponda con su 'decisión'».

Y también para la jurisprudencia, en lo fundamental, rige lo mismo. En una ejecutoria del año 1971 (no publicada)<sup>(15)</sup> que predominó en la jurisprudencia siguiente, donde según los hechos el autor había disparado, desde una distancia de metro y medio a dos metros, a la parte superior del vientre de la víctima, se admitió un homicidio con dolo

eventual, dando como fundamento (fundamento que después apareció una y otra vez en sentencias posteriores) que el autor habría actuado pese a la peligrosidad exterior y habría dejado el resultado final en manos de la casualidad. La esperanza vaga de que el peligro no se vaya a realizar no podría excluir una aceptación ni una aprobación de la realización. No se trata con ello de comprobar hechos síquicos, sino de una interpretación de la conducta del autor en el sentido de aceptar el resultado, es decir como decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

.... ,

II. De todo ello resulta lo siguiente: existen acciones que tienen una peligrosidad tan grande que ellas solamente pueden ser entendidas como que -por lo menos- han sido realizadas bajo un dolo eventual, dando lo mismo el si la delimitación entre dolus eventualis e imprudencia consciente se llevara a cabo según criterios cognitivos o volitivos. Yes que tanto en el «peligro de dolo» como en la «decisión» incluye el resultado en sus cálculos, se trata, en última instancia, de un parámetro normativo que, en los casos de la mayor culpabilidad evidente, llevan a admitir una conducta dolosa.

Con todo, los parámetros son diferentes y, en casos menos claros, también llevan a soluciones divergentes. La diferencia central radica

<sup>(11)</sup> HAFWKMTR, «Kennzeichen des Vorsatzes», en: L. C. a Armin Kaufmann, 1989, p. 309 y 299.

<sup>116)</sup> Aquí se cita siguiendo a KÖHLKK, JZ 1981, p. 36.

172

Acerca de la normaiivizacióri del dolus eveiiiiualis y la doctrina del peligro de dolo

cu que la doctrina del peligro de dolo solamente emplea para la delimitación un único elemento de los hechos: la magnitud reconocida dr la peligrosidad, magnitud que se somete a la valoración de un juzgador razonable. En cambio, la teoría de la decisión toma como base |»;n a la evaluación a Lodo el curso de los acontecimientos y plantea la cuestión de si, al sopesar todas las circunstancias del caso particular, la conducta del autor puede ser interpretada de tal .manera que el actor -así sea impulsado por la necesidad o de manera ¡eventual- se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, o si remita plausible admi-lir que ha confiado en un

desenlace feliz. En ello juegan un papel importante los elementos síquicos, incluso más allá de la estimación del peligro. Si, p. ej. mediante declaraciones de testigos, se pudiera probar que el autor había calculado conscientemente el resultado, «•monees coinciden el dato síquico y la evaluación normativa en cuanto a que debe admitirse un dolus eventualis. En caso contrario, tiene que extraerse de toda la conducta del autor, el si puede imputársele el dolo en el sentido de una decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico.

La diferencia puede aclararse con un caso práctico. En los hechos en los que se basó la sentencia del Tribunal Federal alemán (ver *NStZ* 1988, p. 175) " \* el inculpado, que «era un padre cariñoso y sensible y rechazaba los castigos corporales como método educativo» cuando se trataba de sus dos hijos pequeños, también había cuidado en varias oportunidades y de la misma manera al hijo de su novia, Sven, que tenía un año de edad. También en la noche en que ocurrieron los hechos, había cuidado bien a Sven. Pero entonces, enojado por los gritos del niño, le había golpeado varias veces en la cabeza y después le había dado de comer un plátano. Cuando aparentemente Sven se puso a gritar otra vez, el inculpado, que tenía la formación de karateca, había «golpeado fuertemente una vez con el borde de la mano contra la parte posterior del cráneo y la sien» del niño. El niño murió debido a este golpe. Los «intentos torpes de reanimación» que realizó el inculpado no tuvieron éxito.

<sup>7)</sup> Al respecto, SCHUMANN, quien, sin embargo, no trata el aspecto normativo y solamente se basa en las circunstancias cognitivas; *JerZ* 1989, p. 427 y ss.

173

¿Esto fue un homicidio con dolus eventualis o un homicidio imprudente grave y consciente? Aquí tendría que admitirse por cierto un peligro de dolo<sup>(17)</sup>, de manera que el caso se decide rápida y sencillamente en el sentido de un homicidio. Por el contrario, el Tribunal Federal tiende a admitir solamente un homicidio imprudente: «Con el conocimiento de la peligrosidad de su conducta todavía no se ha dicho que el autor también haya aceptado la producción del resultado, que se haya conformado interiormente con él». En contra de esta suposición arguye el Tribunal con numerosas circunstancias personales y situacionales: que el inculpado «nunca antes había mostrado similares acciones violentas y que, en lo

fundamental, también se había comportado cuidadosamente con Sven»; la "excitación afectiva» del inculpado; las anteriores atenciones adecuadas de Sven, incluso en la misma noche de los hechos; la alimentación con el plátano llevada a cabo en el intermedio entre los dos actos de maltrato; y finalmente, los intentos de reanimación.

Efectivamente, las circunstancias narradas, al hacer un juicio de valor, pueden justificar la conclusión de que el inculpado no habría pensado seriamente en que Sven podría morir como consecuencia de los golpes que le dio ni se habría decidido eventualmente por la muerte de éste. Junto a las ya tratadas circunstancias, también habla en contra de imputar la decisión a favor de un homicidio, sobre todo, el hecho de que el inculpado no tenía ningún motivo comprensible, siquiera se puede entender motivo alguno proveniente de la estructura de su personalidad, mientras que las razones más fuertes hablan más bien en contra de un homicidio doloso: aparte del umbral inhibitorio especialmente elevado en el homicidio doloso, que siempre es enfatizado por el Tribunal Federal, también el descubrimiento seguro tras el inminente e inmediato retorno de la amiga e, igualmente, el rompimiento de su relación con ella que con seguridad podía esperarse. Luego, la falta de una decisión a favor de un posible homicidio del

<sup>(17)</sup> Por lo visto, así también opina PI.TM., aunque no lo diga expresamente pese a tratar detalladamente el caso; ver «Strafrecht A. T.» (nota 2), n. marg. 19, p. 302 y s. Pero en otro lugar aboga por un claro dolo de homicidio; ver *Nomos Kommentar* (nota 2), §15. n. marg. 96. 174

Acerca de la normatización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo

n ii u i, se deduce de la situación total con todas sus circunstancias exte-  
ioifs y no de las reflexiones del autor, las cuales probablemente ni  
MÍquiera ha tenido y que, en todo caso, tampoco pueden ser recons-H u  
¿das por el forense.

En la literatura está encontrando un creciente número de segui-  
r lores el procedimiento aquí practicado y, en general, seguido por la jurisprudencia  
reciente, procedimiento que consiste -una vez masen deducir la postura del  
autor hacia el bien jurídico tutelado (que huidamente un dolo o una  
imprudencia) partiendo de un «panorama global de todas las circunstancias

objetivas y subjetivas del hecho (Sentencias del Tribunal Federal, tomo 36, p. 10), para superar así la antigua discusión teórica. KÜAUS<sup>191</sup> ha enfatizado hace más de 25 años (jue la delimitación entre dolo e imprudencia «no sería primero un problema de penetración psicológica de hechos síquicos sino un problema de configuración normativa de tipos en relación con actos sociales fallidos [soziale Fehlleistungen]»). Se trataría de «cuándo la postura psicológica presenta al actor como un autor de agresiones en el sentido de los tipos dolosos». La delimitación sería «un problema de estimación social de determinados hechos psicológicos, expresados *objektivamen-* en una accn».

Una década más tarde, HASSEMER<sup>12</sup>, recepcionando las concepciones de Krauss, U. SCHROTH<sup>1</sup> y también la mía, ha continuado el desarrollo de «las calificaciones normativas del dolo» y les ha atestiguado el «haber dejado tras de sí la alternativa paralizante de las corrientes cognitivas y volitivas de la doctrina del dolo»<sup>31</sup>. Este autor propaga una teoría de indicadores que permite comprender el contenido de culpabilidad mayor del dolo, el cual, a diferencia de la imprudencia

<sup>191</sup> KRAI/SS, «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», en: L. H. a Bruns, 1978, p. 11 y ss. (26/27).

\*.-''' La cursiva es de KRALSS.

\*.-" HA.SSK \LL-.K (nota 15), p. 289 y ss.

<-' SCHROTH (nota 12).

<.-<sup>3</sup>) HASSEMER (nota 13), p. 295.

175

representación correcta del actor acerca de la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo cuando hayan indicadores de una motivación que diverge del caso normal». No sorprende que HASSEMER, basándose en tal concepción denomine al fallo arriba tratado del Tribunal Federal como «un buen ejemplo de un trato diferenciado con indicadores del dolo»<sup>1261</sup>.

Finalmente, otra década más adelante, SCHÜNEMANN<sup>271</sup> ha desarrollado un «concepto tipológico del dolo», el cual, pese a alguna crítica que hace su autor a sus antecesores<sup>12\*</sup>, según los hechos objetivos, se ubica en la misma línea que ellos. SCHÜNEMANN concibe el dolo como un «concepto de typus», el cual «reúne tanto elementos subjetivos como objetivos»<sup>(21)</sup>. Las fórmulas empleadas para designar los componentes volitivos {tomar en serio, conformarse, etc.) no son para él<sup>(3i>i</sup> «un fenómeno de la conciencia que pueda describirse de manera exacta, sino son, en realidad, valoraciones cortadas de hechos globales, a saber, de la situación total del hecho, que reúne componentes objetivos y subjetivos, y de la sique del actor». Para admitir el conocimiento de

<sup>(4)</sup> HASSEMER (nota 15), p. 296.

<ir>> HASSK.VIER (nota 15), p. 304.

<sup>(M)</sup>> HASSEMER (nota 15), p. 308, nota 90.

<21\* SCHÜNEMANN (nota 1), p. 363 y ss.

<sup>(if)\*</sup> En contrarié SCHROTH (nota 1), p. 368 y s.; en contra de Roxix (nota 1), p. 371, nota 29; en contra de HASSKMEK (nota 1), p. 376.

<.-<" SCHÜNEMANN (nota 1), p. 366. <M SCHÜNEMANN (nota 1), p. 367.

176

AtiTT-a tie la normativiy .n.i6n tlcl julus cvwmiiilis y \l cimlrinii ilrl [irUnr] tie (lulo

sería «un modo destacado del 'tener la culpa' | Dafür-Können]»<sup>41</sup>. El dolo se podría «deducir solamente a través de indicadores»<sup>(2r>)</sup>. La conclusión que lleva a admitir el dolo no estaría permitida ya «a partir de un solo indicador en los acontecimientos exteriores, sino recién a partir de un cúmulo ordenado de indicadores {y contraindicados}, los cuales pueden deducirse desde la ratio de la punibilidad del dolo: se puede comprender por qué la peligrosidad objetiva de una situación no implica la correspondiente representación del actor cuando hayan indicadores a favor de una percepción reducida; y se puede comprender por qué la

.i mera posibilidad de lesión tendrían que «añadirse más momentos i Ir d< valor a fin de que se presente una manifestación suficientemen-le lueric del elemento actitud interna»<sup>11</sup>; esto es que el autor, ade-11 LIS del dominio del hecho, también avizore la mayor culpabilidad del .niior doloso, decisiva para él, en relación con la imprudencia. SCHÜNEMANN menciona las «características particulares del tipus del ilnlo» {o sea, los indicadores en el sentido de Hassemer), lo rjuejuga-i i'aii un papel importante, junto a la estimación del peligro, en la esti-inadón de la conducta como dolosa<sup>isa</sup>). La similitud de su concepción ton las opiniones

anteriormente expuestas se muestra también en que el mismo opina que la jurisprudencia habría, «por sus resultados fí-niiles, practicado siempre, si bien sin un concepto teórico útil pero lujó una intuición práctica totalmente correcta, el concepto tipológico de dolo».

También RUDOLPHI<sup>(SS)</sup> señala, indicando otros autores que argumentan en esta dirección, que sería inevitable «deducir, recurriendo -./ reglas generales de la experiencia, la actitud interna del autor de los hechos objetivos reconocidos por éste». En ello también se escondería un poco de normativización porque el «deducir» constituye al mismo tiempo un valorar.

**III.** Luego, se puede decir que al «nonnativismo cognitivo», tal como es defendido ilustrativamente por la doctrina de PUPPE del peligro de dolo, se opone un «nonnativismo volitivo», tal como, en los hechos defiende la jurisprudencia y como también se siempre se destaca claramente en la literatura bajo diferentes formas de manifestación.

Mi defensa de la segunda vía se basa en la premisa de que la realización dolosa y la imprudente no solamente representan distintos tipos de injusto sino que, entre el dolo y la imprudencia también existe una diferencia de culpabilidad, la cual legitima la mucho mayor punibilidad del hecho doloso<sup>134</sup>. Pero una valoración adecuada de la

<<sup>31</sup>> SCHÜNEMANN (nota 1), p- 374.

(331 SCHÜNEMANN (nota 1), p.372.

(»> RUUOLJHI (nota 11), § 16, n. marg. 46.

o\*) **Roxix**, «Strafrechl A.T.» (nota 9), § 12, n.marg. 26.

177

culpabilidad del autor requiere incluir todas las circunstancias relevantes a la culpabilidad y no puede contentarse con un solo criterio -por cierto, importante- como el del «peligro de dolo». Con razón dice HASSEMER<sup>\*351</sup>: «La ratio de la punibilidad del dolo y la crítica a una objetivización esquemática de la doctrina del dolo excluyen la expectativa de que el dolo ... pueda ser representado ... solamente por un único indicador».

Esto también puede ser demostrando tomado el caso del Tribunal Federal que sirvió de punto de partida para nuestra exposición. También PUPPE<sup>(3ti)</sup> parte de que la mayor culpabilidad que se manifiesta en el dolo legitimaría

su mayor punibilidad. Ella opina que precisamente el peligro de dolo y solamente este peligro «representa aquella magnitud de indiferencia practicada contra bienes jurídicos ajenos, que fundamenta el grave reproche de culpabilidad del dolo». No obstante, los hechos que hemos expuesto demuestran que, al considerar todas las circunstancias relevantes a la situación y a la motivación (padre cariñoso; básicamente confiable, también en la noche de los hechos, en cuanto a cuidar niños; excitación afectiva, intentos de reanimación) se relativiza la indiferencia indiciada empleando el peligro de dolo y ya no alcanza aquella «magnitud» que justifica la admisión de un grave reproche de culpabilidad.

Estas circunstancias atenuantes de la culpabilidad solamente pueden ser procesadas en el marco de la imputación de la culpabilidad porque los arts. 20 y 21 [n. d. t.: según el C. P. alemán, se trata de la inimputabilidad por enfermedad mental u otras causas y la imputabilidad restringida] no ofrecen otra posibilidad. Ciertamente PUPPE opina<sup>137</sup>: «SÍ el autor ya no fuera capaz de asimilar intelectual-mente las consecuencias más sencillas de su actuar porque está sometido a ideas imaginarias, su lugar no es, en todo caso, la prisión; para ello existen los establecimientos psiquiátricos cerrados». Pero, por regla general, no se trata de casos tan severos, tal como muestra nuestro

<sup>IK</sup>> HASSEMI-R (nota 15), p, 305).

<<sup>W</sup>> PL.TM-; -Strafrecht A. T> (nota 2), p. 313.

<<sup>37</sup>> PLPPE, «Strafrechl A. T.» (nota 2), p. 314.

178

Acere;] de la normativización del dolus evciimalis y la doctrina del peligro de dolo

í ;iso, de manera que todas las demás circunstancias relevantes para la v.i l-> ración deben ser consideradas en la imputación del dolo.

Tal delimitación se corresponde con el procedimiento que yo i,i ni bien persigo, consistente en tomar como base principios normati-vi is guías en la solución de todos los problemas de delimitación que i omprendan amplios campos de materia en la parte general -tales 11 mío la «figura central» en la autoría, el «retorno a la legalidad» en el i irsisümiento voluntario y la «decisión a favor de una posible lesión del

El lien jurídico en el dolo-, principios que luego tienen que ser desarrollados concretando en la materia jurídica<sup>(iiiH)</sup>. Esto coincide con aquella definición de «pensamiento normativo y lógica objetiva» que también defiende SCHÜNEMANN<sup>(-w)</sup> y que plantea la tarea de la dogmática penal de ponderar todos los indicadores y contra indicados para poner en relieve las indicaciones típicas del dolo en grupos de casos.

IV. Esto no puede realizarse en este trabajo. En vez de ello se va a revisar todavía con más detalle la teoría del peligro de dolo, que sirve aquí de contraste, y que es defendida por PUPPE de manera tan impresionante. Y es que esta teoría constituye la más pura manifestación de aquel normativismo cognitivo con el cual se tiene que confrontar todavía en lo particular el normativismo volitivo aquí defendido tras haberse despedido de todos los conceptos puramente descriptivos del dolo. Hansjoachim RUDOLPHI, a quien se dedica este Libro Homenaje, le ha presentado muchas objeciones contra la teoría del peligro del dolo; queremos comenzar con ellas ahora.

1. PUPPE desarrolla la diferenciación entre peligro de dolo y peligro de imprudencia a partir de la crítica que hace a una oración de RUDOLPHI<sup>141</sup>: «Forman parte de la materia prohibida de los delitos dolosos ... todas las acciones que fundamenten un peligro de cometer el tipo, peligro que vaya más allá de la medida permitida». La auto-

(f) cf. la exposición resumida en HÖXIN, «Kriminalpoetik und Strafrechtsdogmatik», en: Schönemann (ed.), «Strafrechtssystem und Literatur», 2002, p. 21 yss. (37 yss.).

<sup>141</sup> SCHLICKMAXX (HÖXIN), p. 378.

<sup>142</sup> Renouf (nota 11), § 16, n. marg. 46a.

179

a la imprudencia, p. ej. en el tipo objetivo. Pero de ello no resulta que el dolo, como quisiera PUPPE, exige un mayor peligro que la imprudencia en todos los casos. RUDOLPHI solamente quiere decir que, en una decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico, todo peligro objetivamente prohibido puede fundamentar el dolo. Con ello, tiene él, a toda la posición dominante en su apoyo. Pero PUPPE discute esto y en los casos de peligro mínimo del resultado quiere negar el dolo incluso cuando el autor haya tenido la intención de ocasionar dicho resultado<sup>\*43</sup>. Entonces, cuando el asesino tiene a su víctima delante de su escopeta en una posición incómoda de disparo y tiene una oportunidad real aunque no muy grande de acertarle, si no diera en el blanco quedaría impune pues no habría una tentativa; y si se consiguiera matar a la víctima, esto solamente podría ser comprendido como hecho culposo. Dado que PUPPE misma no quiere que la colocación consciente de un peligro de mediana entidad valga aún como dolo<sup>144</sup>, se ve obligada entonces a declarar como simples tentativas imprudentes, penalmente irrelevantes, las acciones que, en caso de medianas chances de realización, son emprendidas con la intención de que realicen el tipo,

<sup>43</sup> PUPPE, «Strafrecht A. X» (nota 2), § 16, n. marg. 1-4.

(«Zur Revisión der Lehre vom 'konkreten' Vorsatz und Beachtlichkeit der aberratio iccus», GA 1981, p. 1.

(48) PUPPE, «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 36; igualmente, Nomos Kommentar (nota 2), § 15, n. marg. SVyss.

<sup>144</sup> PUPPE, «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 41.

180

Accr:ii <k- Li iiiiiiiiii/adó! del ilulm cvi-mualis y linl<niriim 'ld jidigfiilf cMo

ra indica, en cambio<sup>141</sup>, que la producción de un resultado por un acto preparatorio podría ciertamente fundamentar una imputación de imprudencia, pero no un delito doloso. Lo mismo regiría en las desviaciones causales esenciales (lo que, por cierto, no es correcto en los casos de imprevisibilidad sino, en todo caso, en la aberratio iccus, en la cual PUPPE precisamente afirma una imputación de dolo)<sup>142</sup>.

Aquí ambos adversarios tienen la razón en parte. Ciertamente, en casos especiales, puede la imputación al dolo presuponer más que la imputación

<lu Li norma tivización del tlolus  
s y la domina del peligro <li' dolo

Esto no es convincente. Para demostrarlo tomando solamente i (uno ejemplo los delitos de homicidio: esa teoría significa que a uno ir estaría permitido, intencionadamente y calculando el resultado, (Tciir un peligro para la vida objetivamente imputable, peligro que incluso ni siquiera tiene que ser mínimo, y, en caso de que se produzca el resultado, uno no debe temer más que el riesgo de una purdbUidad por imprudencia, mientras que si este resultado no se produjera, no se tendría que temer nada. El que un

homicidio intencional no deba ser considerado doloso solamente por el hecho de que las perspectivas de resultado, visto ex ante, no eran especialmente grandes, contradice la lógica del idioma y el contenido de culpabilidad de tal hacer. La icsis, de que una tentativa fracasada de homicidio intencional no sería, bajo estas circunstancias, ninguna tentativa, puede animar a cometer tales hechos, pese a que la tarea del Derecho penal es precisamente oponerse a los peligros prohibidos contra bienes jurídicos tutelados; y esto, especialmente, cuando estos peligros han sido creados intencionalmente. RuDOLPHi<sup>(4r>)</sup> tiene por ello razón cuando -también en vista al dolus eventualis— critica la doctrina del «peligro de dolo» por el hecho de que lleve a una «injustificada limitación de la punibilidad del dolo».

En cambio, el criterio de la «decisión a favor de una posible lesión del bien jurídico» permite una diferenciación sin problemas que hace justicia a la necesidad de pena. Según esta diferenciación, quien tiene la intención de provocar el resultado, cuando se realizara un peligro prohibido creado conscientemente por él, *siempre será* punible por un hecho dolosamente consumado. Y es que es evidente que él se ha decidido en contra del bien jurídico protegido. Por el contrario, cuando el sujeto no haya tenido la intención de ocasionar el resultado y también viera solamente un peligro mediano o un peligro sólo relativamente mínimo de que éste se produzca, a él se le va a admitir que ha confiado en un desenlace feliz, a no ser que pueda deducirse de los hechos que le era totalmente indiferente la cuestión de si el resultado se iba a producir o no.

<sup>(4s)</sup> RiWju'HL (nota 11), § 16, n. marg. 5b.

181

2. Pero RuDOLPHi<sup>(4ii)</sup> también reprocha a PUPPE «una extensión de la punibilidad del dolo que ya no puede aceptarse». Y también yo mismo<sup>(47)</sup> y otros autores<sup>(4ii)</sup> han hecho esta objeción. PuPPE<sup>(49)</sup> responde que su concepción «impondría más exigencias al conocimiento fundamentador del dolo del autor en cuanto al peligro que establece, que todas las demás teorías del dolo». Esto es cierto en la medida que se trate de la magnitud del peligro, es decir de las constelaciones tratadas bajo el punto 1. Pero no es cierto en la medida en que -y la crítica se refiere solamente a ello-, una vez admitido un «peligro de dolo», se imputa automáticamente el dolo, y

todo el resto contextual de los hechos y la situación síquica del autor ya no pueden tener ningún influjo en su admisión.

Esto ha sido expuesto arriba (III) empleando una sentencia concreta. Aquí solamente queda indicar que tales casos juegan un papel importante en la práctica; o sea, una fijación unilateral en el «peligro de dolo» llevaría efectivamente a un incremento significativo de la criminalidad del asesinato y del homicidio. A manera de ejemplo se aclarará esto con otros dos casos.

En una sentencia del Tribunal Federal, citada por HoLTz<sup>(311)</sup>, el autor había «dado una paliza» a la víctima, lo cual había provocado la muerte de ésta. Si aquí se admitiera, lo cual después de todo es obvio<sup>151</sup>, un dolo de peligro, por lo menos resulta inevitable una condena por homicidio. Pero lo que ocurrió fue que el autor se había encontrado en un «estado muy elevado de excitación», el hecho era «extraño a la personalidad» del autor, el autor había llamado a la policía y pedido ayuda después de concluir sus acciones violentas y, al conocer la noticia sobre la muerte de la víctima, había quedado «visiblemente impresionado». Sí, siguiendo al Tribunal Federal, se dedujera de la

<sup>(4ii)</sup> Ruxn.i'Hi (nota 11), g 16, n. marg. Sb.

<sup>(4i)</sup> ROXJ.N, .StrafrechtA. T> (nota 9), § 12, n. marg. 45,

<sup>(4f)</sup> SfiHRoTH (nota 12), p. 92 y ss.; PRITVVVITZ, «Vorsatz und Risiko», 1993, p. 357.

<sup>(4n)</sup> Pi m;, «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16. <sup>15n</sup>> HOIXÍ, MDR, 1977, p. 458.

182

Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo

totalidad de estas circunstancias que el autor no se había decidido, ni siquiera de manera eventual, a favor de la muerte de la víctima, sino había confiado en que iba a sobrevivir, esto llevaría a un juicio más justo que el centrarse solamente en el peligro creado por la paliza. Si el autor *no* hubiera llamado a la policía ni pedido ayuda, si hubiera u-ridido de manera general a los actos violentos y si *no* hubiera estado impresionado, sino hubiera dicho: «No fue mi intención matarlo, pero está bien que le haya

pasado eso», hubiera sido adecuado, estimando el mismo grado de peligro, deducir el dolus eventualis de estas otros indicadores totalmente diferentes. En otro caso decidido por el Tribunal Federal<sup>(i3>a)</sup>, una gestante había sido sorprendida por los dolores del parto y había decidido «traer al mundo ... al niño sin ayuda de terceros». Así ocurrió. Debido a la debilidad como consecuencia del parto, la madre pudo ocuparse del niño recién diez minutos más tarde. Pero en ese momento el niño ya se había asfixiado. Fueron inútiles los intentos de la madre de obtener alguna señal de vida del niño. Si se hubiera traído oportunamente a los asistentes especializados, el niño hubiera quedado con vida. Ya unos años antes, la madre había dado a luz, sin ayuda médica, y había criado un hijo extramatrimonial.

El Tribunal Federal comparó este caso con uno que se había decidido antes<sup>(i3)</sup>, en el cual la madre también había dejado durante 10 a 15 minutos a su hijo recién nacido, sin, por cierto, haber quedado incapacitada de actuar y sin haberse preocupado tampoco posteriormente por el niño. Aunque, en lo que se puede apreciar, ambos juicios, parten de la misma estimación del peligro por parte de la madre, el Tribunal Federal sí quiere admitir el dolus eventualis en el último de los casos, mientras que considera que en el primero es más evidente una imprudencia consciente.

El Tribunal concede aquí que la ma-

<sup>1511</sup> Según PiTi't:., el «dar una paliza» no es «un método de homicidio claro», de manera que todo dependería aquí de las circunstancias -no conocidas aquí-del caso particular,

<53> GA 1979, p. 106. TM GA 1970, p. 86.

183

mientras que el centrarse exclusivamente en la estimación del peligro no permite ningún tratamiento diferenciado y, cuando resulte obvio admitir un peligro de dolo, se extiende en demasía el ámbito del homicidio doloso.

3. Otro problema de la aquí criticada posición consiste en que no proporciona un parámetro accesible para al determinación del «peligro de dolo». El criterio de PUPPE de que un dolo de peligro se presentaría cuando un «autor razonable» se conformara con el resultado, contando aprobatoriamente con él, se decidiera por él, etc. fcomp. I.), no es útil porque todos los hombres razonables, en tanto se centren en criterios puramente cognitivos, dicen algo distinto. En parte, ya la representación de la mera posibilidad de que se produzca el resultado fundamentaría el dolo<sup>114'</sup>, en parte sería determinante una «producción del resultado que no sea improbable»<sup>13-15</sup>, y en parte lo sería un «peligro no cubierto»<sup>(Sfil)</sup>. Otros exigen «más que la mera posibilidad y menos que la probabilidad prevaleciente»<sup><i7)</sup> o una prevaleciente probabilidad\*<sup>68'</sup>, un riesgo que debe tomarse en serio<sup>(ji>'</sup> o «un peligro concreto para el bienjurídico pertinente»<sup>(fiü)</sup>. Puesto que no

<sup>(14)</sup> SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes», en L.-H. a Sauer, 1949, p. 207 y ss.; SCHMIDT, «Strafrecht A. T.», 2da. ed., 1975, cap. 10, n. marg. 89 y ss. (y a menudo en otros lugares).

<sup>(53)</sup> JAKOBS, «Strafrecht A. T.», 2da. ed., 1991, cap. 8, n. marg. 21-32. <sup>(ni)</sup> HER/HERC, JuS 1986, p. 249 y a menudo en otros lugares.

<sup>(57)</sup> H. MAYEK, «Strafrecht A. T.», 1953, cap. 25, n. marg. 6yss.; «Studienbuch A. T.», 1967, p. 121.

<511> Ross, «Über den Vorsatz», 1979, p. 114 y pássim. <sup>(59)</sup> SCHUMANN./Z 1989, p. 433.

<m> JOKRUEN, «Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes», 1988, p. 151.

184

Acere; i de la normativizaci6n ik-1 Julu.i eveniualfc y la din III.M.I il< I j>-lij' au ilr ilub>

dre ha confiado en un desenlace feliz porque ella, después de todo, tras haber recuperado sus fuerzas se había preocupado por el niño y porque ya había tenido y criado otro niño extramatrimonial que había nacido sin ayuda médica.

El tratamiento diferente de ambos casos resulta plausible. Pero esto solamente es posible sobre la base de una delimitación volitivo-normativa,

Acerca iic U normativizaci6n del dolus rvciiualis y I j (lucilina del pulígru ilr dolo

«• puede decir sin más que falta razonabilidad a estos juzgad ores eru-1111 ns y lodos los puntos de vista, desde la posibilidad hasta la probabilidad prevaleciente, tienen sus defensores, la «razón» por sí misma no [iiK-dc evidentemente garantizar una delimitación útil. Cuando PUPPE ü|>ina<sup>(fi1)</sup> que sobre la cantidad del peligro de dolo no se podría decir u us que el

conocimiento del actor de alcanzar el objetivo tendría que ser «relativamente elevado», entonces no solamente queda sin aclarar si la medida es adecuada sino también qué significa que una medida sea, por un lado, «elevada» y, por otro lado, esto también debería ser «relativo».

El parámetro de la razón ofrecido por PUPPE es también dudoso porque incluye una buena porción de irracionalidad. Y es que, si se quisiera excluir la irracionalidad del autor en la delimitación del dolo, podría que partirse de que un ser razonable, tan pronto como sobre-él, el riesgo permitido y reconozca la posibilidad seria de una realización del tipo a través de realizar el riesgo, se apartaría de su acción o, si continuara, se conformaría con la producción del resultado que sobrevenga. Pero, consecuentemente, esto no lo quiere admitir PUPPE porque anularía la diferenciación entre peligro de dolo y peligro de imprudencia. Luego, cuando alguien confie, irrazonablemente, en que el resultado no se vaya a producir, tampoco por ello sería ya, también para PUPPE, un autor doloso «pues esto es así ya al establecer cualquier peligro prohibido»<sup>(ta)</sup>. Entonces, ella quiere «diferenciar, dentro de la Confianza no permitida en la no producción del resultado, todavía entre una confianza que merezca el reproche menor de la imprudencia y una confianza que merezca el reproche grave del dolo». No queda claro cómo se va a resolver esta tarea diferenciadora empleando un parámetro de la razón.

Y tampoco el criterio de la estrategia idónea para la realización del resultado (ver arriba, I.) posibilita una diferenciación plausible. Y es que cualquier quebrantamiento del riesgo permitido es un medio

<sup>(fil)</sup> PUPPE, NK (nota 2), § 15, n. marg. 92.

<sup>(fi21)</sup> Aquí y en lo que sigue: PUPPE, «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 38.

Acerca de la normalización del dokis eventualis y la doctrina del peligro de dolo  
adecuado, y en tal medida idóneo, para realizar el resultado. En el ámbito del riesgo no permitido no pueden diferenciarse, entonces, entre métodos idóneos e inidóneos de realización del resultado, sino solamente entre métodos más o menos idóneos de realización del resultado; estos métodos se corresponden con la mayor o menor peligrosidad de la conducta del

autor. Los grados de idoneidad o de peligro se mueven en una escala insegura, en la cual no se puede encontrar ninguna cesura que marque el paso hacia el peligro de dolo. La diferenciación se vuelve todavía más incierta por el hecho de que Puppe<sup>(m3)</sup> conoce también peligros de dolo que ella no considera como estrategias idóneas de realización del resultado: p. ej. el caso de que el autor «haya tomado ciertas, aunque quizás no plenamente insuficientes contramedidas contra la producción del resultado» o que un tirador medianamente experto haya querido dar a la esfera de vidrio que una muchacha tenía en la mano y no a la muchacha.

Después de todo esto no puede sorprender que, en la literatura, se haya hecho, contra la teoría del peligro de dolo, el reproche de una total indeterminación<sup>\*641</sup>. Puppe<sup>(ta)</sup> replica indicando que ella decidiría «no mediante cocientes de probabilidad, sino con ayuda de un tesoro de experiencias de métodos sencillos y modelos de peligro». Pero las típicas acciones de homicidio que con ello se toman por referencia, para los defensores de todas las concepciones, forman parte de los «casos nucleares» de la imputación al dolo, mientras que el juzgador se queda perplejo en los casos-límite.

4. Otra objeción contra la teoría del «peligro de dolo» se basa en la ley. Bajo una observación imparcial se opinaría que un autor que dolosamente concede a su víctima «un tratamiento peligroso para su

(63) PLTPK «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 42.

<sup>[54]</sup> STRATEXWKRTH dice que el parámetro de la estrategia generalmente idónea para realizar el resultado limita «como juicio de adecuación ya la imputación objetiva o es totalmente indeterminado»; ver «Strafrecht A. T.», 4ta. ed., 2000, § H, n. marg. 102, nota 132. KfHi, dice que «...el parámetro de la razonabilidad permanece ampliamente en la oscuridad»; ver «Strafrecht A. T.», 4ta. ed., 2002, § 5, n. marg. 68a. Ver otros críticos en KLHI., ibídem, n. marg. 192g.

<sup>[51]</sup> FUTÍ., «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 40.

Acerca de la normalización del dokis eventualis y la doctrina del peligro de dolo

ida» (§ 224, primer párrafo, numeral 5) establece con ello un «peligro de dolo». Y es que un autor razonable solamente haría algo así si (siendo se haya conformado eventualmente con la muerte de la víctima. Y también un tratamiento peligroso para la vida aparece, en relación con la posible muerte de la víctima, como una estrategia especialmente idónea para realizar el resultado. Pero la suposición de que en tales casos siempre se



tendría que afirmar un dolo de homicidio no es incompatible con los preceptos de la ley que, en estos casos, considera también una lesión corporal peligrosa<sup>(111)</sup>. En consecuencia, en muchos casos PUPPE tiene que hacer que no sea suficiente para un peligro de dolo un tratamiento peligroso para la vida. Pero no veo cómo esto pueda fundamentarse concluyendo temerariamente con sus criterios ilógicos - la razón y la estrategia.

Algo similar rige para los delitos de peligro concreto<sup>1171</sup>. Aquí también se tendrá que decir que debería presentarse un peligro de dolo cuando alguien cree dolosamente un peligro concreto, p. ej. en el sentido de los arts. 315 y ss. [n. d. t.: según el C. P. alemán, delitos 11 mira los medios de transporte, comunicación y otros]. Yes que, bajo una evaluación razonable, tales conductas implican que uno tiene que haberse conformado con el resultado. También la creación de un peligro concreto es una estrategia probada de realizar el resultado. Por lo tanto que PUPPE niega esto<sup>118\*</sup>. Un peligro concreto se presentaría ya si viniendo una lesión «no...» se encuentre «...alejada de toda probabilidad», lo cual no sería suficiente para un «peligro de dolo». No obstante, la jurisprudencia exige que la seguridad de determinada persona bien tenga que haber sido tan fuertemente afectada «que solamente dependa del azar si el bien jurídico resulte lesionado o no» (sentencia del Tribunal Supremo, pub. en NSiZ1996, p. 83ys.). Encontrarle la «chance real» de quien está bajo peligro «de colisionar el choque frenando o desviándose» precisamente no puede haberlo.

<<> Esto también lo indica el Tribunal Federal; ver BGHSt. tomo 36, p. 1 <<> Cfr. al respecto también SCHLNF.MANN (nota 1), p. 370, nota 23. \*-> Puppe, NK (nota 2), § 15, n. marg. 121.

187

Aim, el dolo eventual y la doctrina del peligro de dolo

Acerca de la normalización del dolo eventual y la doctrina del peligro de dolo

cer surgir un peligro concreto<sup>(61)</sup>. Pero si esto es así, apenas si puede uno imaginarse una creación dolosa de un peligro concreto que no fundamente simultáneamente un peligro de dolo en relación con el delito de lesión.

La concepción volitivo-normativa aquí defendida puede, en cambio, explicarse sin problemas por qué en la mayoría de los casos se tiene que rechazar un dolo de lesión incluso cuando alguien, mediante una grave e

inescrupulosa infracción de la preferencia de paso o mediante una temeraria maniobra de adelantamiento, haya creado el «peligro cercano a» la producción del resultado, tal como exige la jurisprudencia para la concreta puesta en peligro. Yes que, como el causante del peligro se somete a sí mismo a un riesgo tan grande como al que es puesto en peligro, resulta plausible admitir que, pese a la creación del peligro concreto, él ha confiado en evitar el resultado de lesión.

5. Finalmente, también tiene que rechazarse que la doctrina del «peligro de dolo» sea superior a una concepción normativo-volitiva en cuanto a que excluye todos los factores irracionales en la delimitación del dolo. Cuando Puppe<sup>(70)</sup>, frente a la opinión que atribuye a RUDOLPHI y a mí, rechaza «admitir un proceso de represión mental [Verdrängung] irracional real o siquiera presunto» mediante el cual el autor «hay; restado relevancia para su acción a un grave peligro reconocido por el», entonces debe considerarse que, también según la opinión aquí defendida, las represiones (mentales) del peligro solamente desearían de responsabilidad en la medida en que ellas, al evaluar todas las circunstancias, atenúan en tal medida la culpabilidad del autor que se le puede admitir el no haberse decidido contra el bien jurídico protegido. Quien dispara una bala a la cabeza de su enemigo o le da una puñalada en el pecho, no puede invocar que había confiado en que la víctima iba a sobrevivir. Entonces, también la sobreformulación normativa de las delimitaciones volitivas, impide los privilegios de

<sup>(69)</sup> Cfr. sobre el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia en los delitos de peligro concreto en Roxin, «Strafrecht A. T.» (nota 9), § 11, n. 121 y ss.

<> PUPPE, «Strafrecht A. T.» (nota 2), § 16, n. marg. 39.

188

de lesiones aventuradas y ficticias, que no encuentren ningún apoyo en la realidad.

Por otro lado, la doctrina del «peligro de dolo» tampoco puede considerarse ligera que reprime el peligro porque a menudo los elementos cognitivos y volitivos no pueden separarse en la independencia. ¡Recordémoslos casos arriba tratados de abusos a menores y palizas que habían terminado mortalmente! ¿Quién quiere decidir si los autores, bajo

las circunstancias especiales del caso, han sido pensados en la posibilidad de un desenlace mortal, o si ellos, en caso de que lo hubieran pensado, no han subestimado tanto el peligro proveniente de sus golpes que, sobre la base de su representación, no puede admitirse un peligro de dolo?<sup>71</sup>. En estos dos casos también el autor tiene que afirmar la exclusión del dolo incluso cuando los autores, por una ligereza irracional, no hayan reconocido lo que debieron haber notado y tenido en cuenta.

Para el punto de vista aquí defendido no tiene importancia el que en muchos casos no se pueda aclarar si el autor no había siquiera pensado en la posibilidad de la producción del resultado, si había visto el riesgo pero lo había subestimado de una manera que excluye el dolo, o si, habiendo reconocido suficientemente el riesgo, había conseguido evitar el resultado; las tres posibilidades permiten excluir la pena por dolo. Pero para la doctrina del «peligro de dolo», la distinción -que muchas veces no tiene lugar- entre los dos primeros casos y el tercero es determinante para la posibilidad de imponer una pena de dolo.

Luego, se puede decir que la doctrina del «peligro de dolo» internacional tiene muchas más dificultades que la teoría aquí defendida cuando se trata de los factores irracionales del conocimiento relevante de

<sup>(71)</sup> Puig, exige, por lo menos, el conocimiento de los factores de riesgo que fundamentan un peligro de dolo; ver Nomos Kommentar (nota 2), § 15, n. 99. Pero ella también exigirá que el autor haya estimado correctamente el riesgo; solamente que éste no tiene por qué calificar esto como peligro de dolo. En la literatura se discute sobre el punto de vista de Puig en relación con el conocimiento del riesgo; cfr. STKATENWKRTH (nota 64), g 8, n. marg. 114, n. marg.

Acerca de la racionalización del dolo eventual y la doctrina del peligro de dolo

la acción en la psique del autor. También JAKOBS<sup>(71)</sup>, quien se encuentra cercano a la teoría de la probabilidad, indica con razón «que las condiciones del acto de conocimiento no son solamente de corte intelectual» y advierte que no se «subestime la repercusión de la ligereza, la represión, etc. en la parte intelectual». Aquí existe un problema que no puede eludir ninguna doctrina y que, en todo caso, no puede ser

solucionado por una delimitación que recurra a factores puramente técnicos.

V. Resumen de la siguiente manera: la delimitación del dolo eventualis en relación con la imprudencia consciente no puede prescindir de parámetros normativos de valoración. Pero el sustrato de culpa y valoración no puede limitarse a determinada representación de peligros. Más bien, el juicio sobre si el autor -así sea bajo una emergencia y de manera eventual- se ha decidido en contra del bien jurídico protegido, tiene que ser emitido considerando todos los elementos objetivos y subjetivos de los hechos, relevantes para la actitud de dicho autor.

Concluyo esta contribución saludando calurosamente a Hans-Joachim RUDOLPHI, quien, cuando asumí el cargo de catedrático en Gotinga el 01 de abril de 1963 fue mi primer y único asistente de entonces. Rudolphi comenzó su carrera científica conmigo preparando el índice de materias para mi libro «Autoría y dominio del hecho» que todavía adorna la séptima edición (2000). En los casi más de 40 años que han transcurrido desde entonces, RUDOLPHI se ha convertido en uno de nuestros penalistas más importantes impulsando e influyendo significativamente en la ciencia y la práctica mediante monografías, tratados y, sobre todo, mediante los Comentarios «sistemáticos» al Derecho penal y procesal penal que él ha formado preponderantemente y cuya redacción total tiene a su cargo. En tal medida estoy orgulloso de este «discípulo», ya convertido desde hace mucho en un maestro, y me alegro de poder estar todavía presente en su septuagésimo cumpleaños. Nuestra estrecha relación personal ha permanecido siempre

139; p. 357; a su vez Fuw. sobre Prittwilzen «Sirafrechi A, T.» (nota 2), § 16, n. marg. 41, nota 505.

<sup>(72)</sup> JAKOBS (nota 55), cap. 8, n. marg. 23.

Acerca de la racionalización del dolo eventualis y la doctrina del peligro de dolo

uv, pese a la separación espacial en las últimas décadas. Para mí es una gran acción que también coincidamos ampliamente en las concepciones < técnicas. ¡Ojalá el homenajeado pueda gozar todavía de muchos años más de rica labor creadora!

## Acercas del error en el derecho penal(\*)

Texto del curso de dogmática penal para los alumnos de la Universidad Nacional Autónoma de México en el año 2000 que no llegó a realizarse.

### LOS TIPOS DEL ERROR

En el Derecho penal puede distinguirse entre cuatro tipos de error según el objeto jurídicamente relevante al cual se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.

Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal. Así, el tipo de homicidio exige que se mate dolosamente a una persona. Cuando el autor,

en el campo, mata a balazos a una persona que no reconoce como persona, sino que ha tenido por un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. O, para dar un segundo ejemplo: el tipo de hurto presupone la sustracción de una cosa ajena. Una cosa es ajena cuando se encuentra en propiedad (o copropiedad) de otro. Cuando el autor, al sustraer una cosa ajena, cree que ella le pertenece (o sea que sería de su propiedad), cae nuevamente en un error de tipo.

Por el contrario se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida. P. ej. alguien sabe que comete un aborto pero cree que esto no estaría prohibido. O: en Alemania son punibles los juegos de azar sin una autorización de la autoridad; luego, actúa bajo un error de prohibición quien organiza tal juego de azar sin tener autorización creyendo que ella no sería necesaria.

195

### Acercas del error en el derecho penal

La tercera representación errónea posible es el error sobre circunstancias justificantes. El caso más importante en la práctica de este tipo es la legítima defensa putativa, es decir la suposición errónea de hechos que justificarían una conducta emprendida como legítima defensa. Así, en el caso de aquél que derriba a otro a golpes porque éste saca repentinamente una pistola; pero el primero comete esta lesión corporal porque cree

erróneamente que el otro estaba a punto de dispararle. Si esta representación fuera correcta, los golpes estarían justificados por la legítima defensa. Pero también existe una legítima defensa putativa cuando alguien para defenderse de un ataque considera necesario realizar un tipo, cuando en realidad esto no era necesario: p. ej. alguien se anticipa con un disparo a otro que quería dispararle, pero no reconoce que hubiera podido quitarle sin problemas la pistola de la mano y repeler así el ataque sin dañar al atacante. Finalmente, un segundo tipo de error es el error sobre circunstancias exculpantes. Un estado de necesidad exculpante se presenta p. ej. cuando alguien se salva de un peligro grave a costa de otro, de un tercero que no participa en los hechos. Así, si alguien, en el tráfico rodado, atropella a un peatón porque solamente de esa manera puede escapar a un accidente grave. No es conforme a ley dañar por este motivo a un tercero no participante de los hechos, pero el legislador alemán exculpa esta conducta considerando el superpoderoso instinto de auto protección del ser humano. En el supuesto de que aquél que atropello al peatón solamente se haya imaginado un peligro en su contra, tenemos un error sobre circunstancias exculpantes.

En lo que sigue explicaré los cuatro tipos de error uno tras otro.

#### U. EL ERROR DE TIPO

##### 1. Los efectos del error de tipo

El error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Pero deja subsistente una punición por un hecho culposo bajo dos requisitos: primero, que la comisión culposa del delito correspondiente sea punible, y, segundo, que el error haya sido vencible. Entonces, si en mi ejemplo inicial el tirador, con una suficiente atención, hubiera podido recono-

196

Acerca del error en el derecho penal

ri que el objeto de su práctica de disparo no era un espantapájaros. MÍO una persona humana, tiene que ser penado por homicidio culposo. I<sup>1</sup>,11 cambio, en mi segundo ejemplo, en el cual el autor sustrae una • i f, i ajena

que considera erróneamente como propia, tiene que pro-di ii irse una absolución, pues el hurto culposo no está sometido a pena.

##### El error de tipo en los elementos descriptivos y normativos

Es importante saber que el conocimiento de las circunstancias lid hecho, conocimiento que al faltar excluye el dolo, es diferente M'^ún el tipo de la circunstancia del hecho. Se hacen diferencias en-Irc elementos descriptivos y normativos del tipo. Un elemento es «des-11 iptivo» cuando uno puede percibir sensorialmente, es decir, ver y locar el objeto que designa. En este sentido, el concepto «ser humano», al cual se refieren los tipos de homicidio, es un elemento descriptivo. Por el contrario, hablamos de un elemento «normativo» cuando si »lamente existe en el ámbito de las representaciones valorativas y, por «•lio, solamente puede ser comprendido espiritualmente. Así ocurre con el concepto de la ajenidad en mi segundo ejemplo inicial. El que una cosa esté en propiedad de otro no puede verse, sino solamente entenderse espiritualmente conociendo los contextos jurídicos.

Esto significa lo siguiente para la teoría del error: en los elemen-lo.s descriptivos se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando falte o sea errónea la percepción sensorial. En mi ejemplo con el espantapájaros el autor no ha visto que dispara a un ser humano y por ello ha actuado sin dolo. Por el contrario, en los elementos normativos st<sup>1</sup> ha dado un error de tipo cuando al autor le falta el entendimiento espiritual necesario para comprenderlos. Entonces, el autor actúa también sin dolo cuando, si bien ha reconocido de manera plenamente correcta, en sus elementos externos, la cosa ajena que está sustrayendo, pero considerándola como propia debido a ideas jurídicas erróneas. De ello resulta que un error de tipo no es necesariamente un error sobre hechos. Este error también puede consistir -en caso de elementos normativos- en un error de derecho.

Muchos elementos no son claramente descriptivos o normativos, sino constituyen una mezcla de elementos descriptivos y normativos.

197

Acerca del error en el derecho penal

Así ocurre p.ej. con el concepto de «documento» que juega un papel en muchos tipos penales. Los signos escritos y el papel, en los que consiste mayormente tal documento, son elementos descriptivos, perceptibles sensorialmente. En cambio, la determinación de hechosjurídi-cameme

relevantes para la prueba, que es un elemento indispensable de todo documento, es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual. Cuando alguien destruye un documento que no le pertenece -lo cual es punible según el derecho alemán-, o bien se presenta un error de tipo excluyente del dolo cuando el autor no haya reconocido que ha destruido el documento en cuestión (en tal caso, no ha percibido los elementos descriptivos del documento), o bien puede faltar el dolo porque el autor no ha entendido que el papel escrito que ha visto tiene un valor probatorio en el tráfico jurídico. En este último caso se trata de un error de tipo que atañe a los elementos normativos del concepto de documento y que excluye el dolo, y con ello la punibilidad.

### 3. El error de subsunción no es un error de tipo

Un problema especial resulta de saber qué tan lejos debe ir el conocimiento de la importancia referido a las circunstancias particulares del hecho, a fin de que todavía pueda considerarse dolosa su realización. Esto también quiero explicarlo tomando como ejemplo el delito documental. En Alemania se acostumbra en algunos restaurantes que el mozo marque la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de las bebidas. Según la jurisprudencia alemana tal raya es un documento pues se corresponde con la definición usual de documento como una declaración incorporada de ideas que pruebe algo jurídicamente relevante (o sea el número de bebidas consumidas) y permita reconocer, según las circunstancias, a su emitente. Luego, cuando alguien, para ahorrar dinero, borra alguna de esas rayas, esto, además de estafa, es una destrucción de documentos y, en vista a la totalidad de las rayas que constituyen un «documento total», también una falsificación documental. Ahora bien, ¿se encuentra el autor en un error de tipo excluyente del dolo cuando arguye que no había entendido el significado de la raya como documento? P. ej. dice que había creído que un documento tendría que consistir en

198

Acerca del error en el derecho penal

p il 11 iras y contener una firma. Si se viera en ello un error de tipo, el HiHoi podría no ser condenado por un delito documental, pues la ley Un conoce una comisión culposa de este delito.

No obstante, iría demasiado lejos si, en caso de elementos normativos, se exigiera una exacta subsunción, o sea una correcta reproducción ni linón de todos los elementos conceptuales del documento para el cumplimiento del significado que fundamenta el dolo. En tal caso, para tener dolosamente el autor tendría que haber definido correctamente el concepto de documento. Dado que esto solamente podrían hacerlo, a lo sumo, penalistas, el ciudadano normal apenas podría cometer un delito documental debido a su insuficiente comprensión de los elementos conceptuales de la definición de documento. Por ello,

1. el conocimiento de la importancia que fundamenta el dolo del delito debe ser suficiente que el autor haya captado correctamente el significado social de sentido de un elemento del tipo. Esto significa en nuestro ejemplo: cuando el autor sepa que las rayas en el posavasos han sido colocadas allí por el mozo para marcar el número de bebidas

insumidas con la finalidad de prueba en el círculo jurídico, sabe todo lo que ha llevado a que la raya sea considerada como «documento» por el Derecho. Sí él mismo no ha subsumido este «signo de prueba» bajo el concepto de documento, esto es un simple error de subsunción y un error de tipo. Entonces, el autor actúa dolosamente y, pese a su error sobre el alcance del concepto de documento, debe ser penado por falsificación documental.

Semejantes errores de subsunción no solamente se presentan, como en nuestro ejemplo, en caso de elementos normativos del tipo, también pueden afectar el alcance de elementos descriptivos. Así, el derecho alemán trata como cosas a los animales ajenos bajo el punto (U<sup>1</sup> vista de la protección de la propiedad. Luego, quien lesiona (o roba) al caballo de su vecino, es penado por daños. Ahora bien, ¿puede el autor en tales casos invocar un error de tipo excluyente del dolo haciendo valer que no ha visto el caballo como cosa, sino que lo veía como cosas solamente a objetos inanimados? Para ello puede incluso apoyarse en un extendido uso idiomático. Pese a todo debe castigarse por daños dolosos, pues el legislador quería abarcar con su disposición penal todo tipo de lesiones a la propiedad ajena. Y tal le-

199

Acerca del error en el derecho penal

sión también se presenta cuando se dañan animales. Si el autor sabe que ha dañado una propiedad ajena también sabe, en su esfera de profano, todo lo que ha motivado al legislador a tratar a los animales como objetos en caso

de su lesión. Nuevamente, una interpretación incorrecta del concepto de cosa solamente es un error de subsunción irrelevante para el dolo.

4 ¿Qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho?

También plantea algunas dificultades la cuestión de cuan claramente debe haberse representado el autor cada una de las circunstancias fácticas al cometer el hecho. En los elementos descriptivos se tendrá que exigir una representación actual en el momento del hecho. Piénsese en el caso de que alguien había dicho una media hora antes al tirador de nuestro ejemplo inicial que en el campo se encontraría una persona, pero que el autor había olvidado esta información al momento de disparar y creído que lo hacía contra un espantapájaros. Aquí se presenta un error de tipo excluyente del dolo aun cuando el autor habría podido actualizar su conocimiento latente con la suficiente reflexión. Pero naturalmente debe ser penado por homicidio culposo. Algo correspondiente rige para los conceptos de cantidad y medida. Así, según el derecho alemán son punibles las acciones sexuales contra niños menores de catorce años. Cuando el autor de tal delito, al cometer el hecho, considera mayor a la víctima, esto es un error de tipo excluyente del dolo incluso cuando alguien le había comunicado anteriormente en algún momento cuál era la verdadera edad de aquélla, aunque ya no lo recordaba en el momento de los hechos. Incluso si no se hubiera hecho ninguna representación sobre la edad, le falta aún el conocimiento de la circunstancia fáctica pertinente.

Por otro lado existen contenidos de la consciencia que no necesitan ser pensados de manera actual, pero que tienen fuerza determinante de la acción y por ello tienen que ser imputados al conocimiento del autor. Cuando alguien hurta cosas en una tienda, al hacer la sustracción normalmente no reflexionará sobre si esas cosas se encuentran bajo una propiedad ajena. No obstante, lo sabe en todo momento

200

l'imiento de una circunstancia del hecho, y con ello también para el (lulo. Lo correspondiente vale para el «conocimiento concomitante permanente», el cual juega especialmente un papel cuando las cualidades profesionales son presupuesto del cumplimiento del tipo. Así, médicos y abogados se hacen punibles cuando revelan secretos de sus pacientes o clientes violando su deber de reserva. En el momento de la comisión de los hechos, normalmente no van a reflexionar, en el sentido de un actual «pensar en ello», sobre su profesión. De cualquier modo ellos saben que actúan como médicos o abogados, y esto es suficiente para el dolo en relación con estos elementos.

5. Error de tipo y las dudas

¿Qué pasa con el dolo cuando el autor duda de la existencia de una circunstancia fáctica? Quiero aclarar esto empleando ejemplos ya expuestos. ¿Se presenta un error de tipo cuando el autor no tiene chispa sobre si el objeto al cual dispara es una persona o un espantapájaros? ¿O cuando duda de si la muchacha con la cual practica relaciones sexuales tiene trece, catorce o quince años de edad? Si partimos de que en ambos casos el tipo se ha completado objetivamente, o sea que se ha matado a disparos a una persona humana o se ha abusado de una niña, la pregunta sobre la existencia de un error de tipo es idéntica con el problema de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. La delimitación es polémica pero la mayoría la traza correctamente admitiendo un dolo eventual (y con ello negando un error de tipo) cuando el autor ha calculado seriamente con la posibilidad de realizar el tipo y pese a todo continúa actuando.

Para nuestros dos ejemplos esto significa lo siguiente: aun cuando el autor haya visto solamente una posibilidad real de que el objeto de sus prácticas de tiro podría ser una persona humana y la muchacha no tendría todavía catorce años, tiene con ello el conocimiento necesario de las pertinentes circunstancias del hecho, y no se ha dado un error de tipo. Tal error recién se produce cuando haya considerado como muy lejana la posibilidad de que podría tratarse de una persona

201

### III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

#### 1. Objeto y tipos de error de prohibición

Un error de prohibición se presenta cuando, en el momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de cometer un injusto (como dice el Código penal alemán) o cuando se encuentra en un error «respecto de la ilicitud de la conducta» (como dice el Código penal mejicano para el Distrito Federal). Con ello debe presuponerse que el autor conozca todas las circunstancias del tipo legal, o sea que no se encuentre en un error de tipo. Ciertamente, el error de tipo lleva también mayormente a un error de prohibición al creer el autor, debido a su error sobre los hechos, actuar de conformidad con el derecho. Pero la regulación sobre el error de tipo que excluye el dolo es más favorable para el autor que la del error de prohibición, la cual por regla general solamente permite una atenuación de la pena del tipo doloso. Por ello la regulación del error de tipo es anterior, de manera que para el error de prohibición solamente quedan aquellos casos en los cuales el autor se equivoca únicamente sobre la permisibilidad o el carácter prohibido de su conducta.

Es objeto del error de prohibición únicamente la antijuricidad de la propia conducta, o sea el atentado contra una prohibición legal (o en caso de delitos de omisión: un mandato legal). Luego, cuando el autor desconoce la prohibición legal, pero considera que su infracción no sería punible sino solamente cuenta con consecuencias civiles o de Derecho público, no se encuentra en un error de prohibición y no obtiene la atenuación de pena prevista para éste. Esto descansa sobre el pensamiento de que ya el solo conocimiento de lo prohibido o mandado tiene que ser suficiente para mover al ciudadano a comportarse de acuerdo con la ley. Las falsas representaciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación legal no son recompensadas.

202

Acerca del error en el derecho penal

Por el contrario, la conciencia del injusto está referida al tipo y por ello es «partible». Esto quiere decir: cuando el autor atenta simultáneamente contra varias prohibiciones penales puede tener pleno conocimiento de la

prohibición respecto a una de ellas, y actuar bajo un error de prohibición invencible respecto de la otra. Supongamos (¡que fuera punible vender en el extranjero objetos de arte azteca. Cuando alguien guarda para otro un objeto de esos y abusa de esta posición para venderlos en el extranjero ha atentado contra dos disposiciones penales: el tipo de apropiación indebida y también la disposición que prohíbe la venta en el extranjero. Entonces, es posible que haya tenido pleno conocimiento de la prohibición respecto de la apropiación indebida, pero que no haya conocido la prohibición de enajenar en el extranjero. Si este error hubiera sido invencible, lo cual depende naturalmente de las circunstancias, solamente podría ser penado por apropiación indebida.

Existen distintas formas de error de prohibición de las cuales el Código penal para el Distrito Federal menciona las dos más importantes. El caso más claro es aquél en el que el autor no conoce para nada la prohibición o el mandato o sea el tipo legal. Este caso ya lo he explicado usando ejemplos. En el núcleo del Derecho penal, o sea en los tipos básicos, este caso es raro. Yes que naturalmente todos saben que está prohibido matar a otra persona humana, lesionarla, hurtarle sus bienes, etc. Pero en los países altamente industrializados de hoy en día existen numerosos campos especializados cuyas regulaciones se encuentran aseguradas por disposiciones penales. Estas disposiciones son tan numerosas que ni siquiera un jurista puede tener todas ellas en la cabeza. Aquí hay entonces un campo fértil para errores de prohibición. Una forma especial del error de prohibición es el *error sobre el alcance de un tipo*. Este error también es ligeramente posible en el núcleo del Derecho penal. Cuando p. ej. alguien cree que estaría permitido, con fines de transplante, extraer los órganos de una persona que ha perdido irreversiblemente la consciencia, porque un ser inconsciente para toda la vida ya no sería una persona, se equivoca sobre el alcance del tipo de homicidio, el cual en realidad también abarca este caso. Esto es un error de prohibición. Igualmente, con facilidad puede uno ser de la opinión de que algo no caería bajo el tipo de estafa, pese a que sí

203

Acerca del error en el derecho penal

tendría que ser evaluado como estafa. Pueden pensarse similares en el caso de prohibición en todos los tipos básicos.

Una segunda gran posibilidad de errores de prohibición se encuentra en la *suposición de causas de justificación que no existen* o en *sobreextensión de*

*su alcance*. P. ej., alguien golpea a lujos ajenos y opii que habría una causa de justificación que permite tales castigos fisict Pero no existe tal causa de justificación. Por ello se presenta un err de prohibición en la lesión corporal cometida dolosamente. O si guien opina que estaríajustificado apresar a todos los deudores mor sos. Si lo hace, practica una detención ilegal bajo error de prohibick pues el ordenamiento jurídico no conoce tal causa de justificación, todavía más frecuente una sobreextensión de causas de justificado reconocidas legalmente. Ella ocurre p. ej. cuando el autor de lesión corporales cree que la legítima defensa cubriría también las afecci nes corporales que van más allá de la medida necesaria para repeler ataque; o cuando un particular, facultado por la ley para detener autor de un delito, cree erróneamente que le estaría permitido er picar armas de fuego para ello. En puridad, cada sobreextensión d las causas dejustificación constituye un caso de suposición de una caí sa de justificación no existente pues no existe una justificación en forma en que el autor se imagina.

Existen todavía otras formas de error de prohibición pero que son raras y menos importantes. El *error sobre la validez* forma parte de ellas. Con ello se alude al caso de que el autor, si bien conoce la prohibición, considera que es nula; p. ej. porque atenta contra normas constitucionales de mayor jerarquía. Si en tales casos conscientemente infringe la prohibición, opinando que actúa de conformidad con la ley, se encuentra en un error de prohibición.

Un *error de subsunción* también puede ser un error de prohibición. Por cierto que en la mayoría de los casos esto no ocurre así. Cuando alguien hiere a un caballo ajeno y no subsume erróneamente esta conducta bajo el tipo de daños (comp. II, 3} difícilmente habrá considerado esto permitido. Luego, no se encuentra ni en un error de tipo ni en un error de prohibición, sino su error de subsunción es simplemente irrelevante. Pero también puede ocurrir algo distinto. Así, la

204

tipo de daños porque cree que para ello sería necesaria una lesión en la sustancia, no se encuentra en un error de tipo sino en un riTor de subsunción. Yes que lajurisprudencia alemana entiende bajo 11,11 ios la afección de la capacidad de uso de un objeto, y el autor no ha i c<onecido su presencia. Pero su error de subsunción puede ser un n i or de prohibición cuando haya creído que tales "bromas» no esta-líiin prohibidas, sino toleradas por el derecho. En el fondo, en ese i .iso lal error de prohibición es solamente un error sobre el alcance del tipo: el autor desconoce que el tipo de daños no solamente abarca lesiones en la sustancia sino también otras afecciones de la capacidad ilc uso.

2. ¿Qué tan claro debe ser el conocimiento de la prohibición?

El autor actúa en error de prohibición cuando al cometer el hecho, es decir en el momento de la acción, le falta la comprensión del injusto. ¿Pero qué significa esta comprensión del injusto con cuya presencia se excluye desde el principio un error de prohibición? Si el ¿nitor, al cometer el hecho, siempre tuviera que pensar en la prohibición, la mayoría de los delincuentes actuarían bajo un error de prohibición pues, al ejecutar el hecho, tienen en la cabeza cosas distintas de la prohibición.

Sin embargo, aquí rige lo que ya he dicho sobre la claridad de la representación de cada una de las circunstancias del hecho (U, 4). Es suficiente que el autor sepa de lo prohibido aun cuando no piense en ello en ese momento. Se puede conocer con frecuencia tal «coconsciencia» por el hecho de que el autor actúa en secreto o toma otras medidas para no ser descubierto. Pues de allí resulta que existe la consciencia de injusto y se efectiviza en la forma de ja comisión de los hechos. Por el contrario, no basta para la consciencia del injusto que al autor se le haya anteriormente hecho saber la prohibición pero entretanto ya la haya olvidado. En ese caso se encuentra en un error de prohibición aun cuando hubiera podido llegar a comprender el

205



falta de comprensión del injusto, o sea el error de prohibición, se puede observar por el hecho de que el autor actúa abierta y despreocupadamente.

3. La problemática político-criminal del tratamiento del error de prohibición

Tanto el derecho mejicano como el alemán parten de que el autor actuante bajo un error de prohibición ha cometido dolosamente un hecho. El error de prohibición lleva a excluir la culpabilidad y con ello a la absolución cuando era invencible. Si el error era vencible, la pena por el delito doloso puede ser atenuada; en el derecho mejicano esta atenuación es obligatoria, en el derecho alemán, facultativa.

Esta regulación no constituye un sobreentendido. En las primeras décadas del siglo XX, en la ciencia jurídica alemana predominaba la opinión de que la conciencia de la antijuricidad, junto al conocimiento de las circunstancias del hecho, sería un elemento esencial autónomo y necesario del dolo (del dolus). Esta concepción es denominada «teoría del dolo» porque según ella el error de prohibición excluiría el dolo. Esta es una regulación mucho más benigna para el autor que la del derecho vigente. Y es que, dado que la comisión culpable no está sometida a pena en la mayoría de los delitos, según esta teoría, todo error de prohibición llevaría a la impunidad. El argumento más importante a favor de la teoría del dolo se encuentra en la tesis de que el reproche de ser un infractor doloso de la ley solamente se lo habría merecido aquél que se manifestara conscientemente en contra del derecho. Pero aquél que se encuentra bajo error de prohibición no habría negado la obediencia al legislador y, por ello, a lo máximo habría actuado imprudentemente.

Por el contrario, la doctrina en la que se basa el derecho vigente se denomina «teoría de la culpabilidad» porque según ella el error de prohibición no sería significativo para el dolo sino solamente para la culpabilidad, a la cual excluye en casos de invencibilidad y, en los demás casos, atenúa. Hablan a favor de la teoría de la culpabilidad sobre

206

conocimiento de los hechos y que justifica una punición por dolo, existe y sólo cuando el autor conoce todos los hechos y de ello no extrae la conclusión sobre la prohibición penal. Ciertamente, el actuar conociendo plenamente la prohibición merece una pena incluso mayor; pero ello se toma en cuenta atenuando la pena del error de prohibición. En segundo lugar, habla a favor de la teoría de la culpabilidad la circunstancia de que la teoría del dolo coloca el ordenamiento jurídico casi a disposición del autor del delito: éste no tiene que preocuparse del derecho; mientras menos conozca las prohibiciones, más absolución tendrá. Y cuando, como consecuencia de una actitud interna inescrupulosa, considere como permitidas conductas extremadamente dañosas socialmente, será premiado por ello con la impunidad (o al menos con una reducción al marco penal imprudente). Ponderando los argumentos opino que los motivos que hablan a favor de la teoría de la culpabilidad son más atendibles. Entonces, la regulación del derecho vigente merece aprobación.

4. La vencibilidad del error de prohibición

La cuestión práctica más importante del ámbito de la teoría del error consiste en la evitabilidad. El legislador calla sobre los presupuestos de la vencibilidad, y los tribunales tienden -por lo menos en Alemania- en la mayoría de los casos a afirmar su existencia. De hecho, históricamente casi todo error de prohibición es vencible porque la prohibición, debido al principio de la taxatividad legal (nullum crimen sine lege) tiene que ser reconocible, o sea puede verificarse mediante indagaciones incesantes. El Tribunal Federal alemán exige también que el autor «en todo lo que esté a punto de hacer, debe ser consciente de si ello es compatible con las preposiciones del deber ser jurídico». Pero ello no puede seriamente llevarse a cabo porque se entorpecería la vida social de manera insostenible si el autor siempre tuviera que emprender largas reflexiones jurídicas antes de dar cada paso. También contradiría esto el espíritu de un ordenamiento jurídico liberal, el cual considera las prohibiciones como excepciones en relación con la libertad de acción del particular. Por ello uno tendrá que

207

el Código penal suizo, «haya supuesto por motivos .suficientes que él estaría facultado para realizar el hecho». Para tal forma de ver las cosas, la vericibilidad está vinculada a tres presupuestos que deben probarse uno tras otro.

*a) Tiene que existir un "motivo » para verificar la situación jurídica*

En primer lugar, un error de prohibición solamente puede ser visto como invencible cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legitimidad de su conducta. Existen tres de estos motivos. El primero es el caso de la duda acerca del injusto. A través de su propia reflexión, de lecturas especializadas o de experiencias anteriores, o también mediante comunicaciones de terceros, el autor puede haber obtenido dudas sobre si aquello que quiere hacer -p. ej. un negocio- está permitido o no. El puede entonces no dejar abierta la cuestión sino investigar más sobre las dudas. Sí por el contrario, aparta las dudas y confía sin más en el carácter permitido de su conducta, el error de prohibición que resultara al cumplir con los demás presupuestos del tipo, será evitable.

En segundo lugar existe un motivo para realizar una evaluación jurídica cuando alguien actúa en un ámbito especial del cual se conoce que está sometido a normas jurídicas. Quien se mueve en el tráfico rodado sabe que hay reglas legales de tráfico que deben ser respetadas por todos. Este es un motivo suficiente para conocerlas. Igualmente, quien inicia un negocio de venta de víveres sabe de la existencia de disposiciones jurídicas referidas a los víveres y que buscan impedir peligros para la salud de la población. Esto basta para exigir que se conozcan con exactitud estas disposiciones. Si se omitiera esto, el eventual error de prohibición que se produjera es, dado el caso, vencible. Lo correspondiente rige para otros numerosos ámbitos de la vida que, según todos saben, han experimentado una regulación legal.

En tercer lugar, finalmente, el autor debe reflexionar sobre la legitimidad de su conducta cuando reconozca que a través de ella otros o la colectividad podrían sufrir daños permanentes. Luego, quien ve

208

«|iu- ocasiona a otro graves pérdidas económicas, tiene un motivo para .ivrriguar si se está sirviendo de métodos permitidos. Lo correspondí!-u te rige también para casos de empleo de violencia: quien se dispone ;i lesionar gravemente a otro para repeler un ataque relativamente mínimo tiene que reflexionar si esto todavía estaría cubierto por la legítima defensa. Si sobrepasara los límites de la legítima defensa, en lodo caso, el error de prohibición será vencible.

Por otro lado, resulta que debe admitirse un error de prohibición invencible cuando no pueda afirmarse ninguno de los tres motivos de evaluación. Así, los tribunales alemanes se han ocupado de un caso en el cual dos trabajadores agrícolas, en un pueblo apartado, ha-bi'nn mantenido relaciones sexuales con una mujer enferma mentalmente y estéril. La mujer había estado totalmente de acuerdo. Según el derecho alemán, esta conducta está penada como «abuso sexual de personas incapaces de resistir». No obstante, los autores ni siquiera I ubían llegado a pensar que su conducta hubiera podido estar prohibida. Dado que no se habían producido ninguno de los tres «motivos» para evaluar la situación jurídica, tal como he expuesto, se les tendrá que reconocer un error de prohibición invencible. Los tribunales también decidieron en este sentido. Por lo demás, son fáciles de imaginar otros errores de prohibición que, según los parámetros aquí expuestos, son invencibles: p. ej. al infringir levemente los límites de las causas de justificación y al lesionar disposiciones del llamado Derecho penal complementario, que está regulado en leyes especiales y que no es conocido por la generalidad.

*fe) El autor no debe haberse esforzado seriamente por cerciorarse o debe haberlo hecho de manera insuficiente*

Cuando el autor tenía un motivo para evaluar la situación jurídica, su error de prohibición es vencible (bajo reserva del tercer presupuesto que va a analizarse enseguida), en tanto él no se haya esforzado para nada por esclarecer las cosas o estos esfuerzos hayan sido insuficientes. Por el contrario, cuando ha hecho suficientes indagaciones y, pese a todo, ha llegado a un resultado falso, su error de prohibición era invencible y tiene que ser absuelto.

209

#### Acerca del error en el derecho penal

Es muy polémica, en los detalles, la cuestión de cuándo son suficientes los esfuerzos de aseguramiento del autor. No obstante, en lo básico existe un consenso que puede ser resumido como sigue. Según esto, en primer lugar, es posible consultar con un abogado: si éste explica que la conducta planeada por el autor está permitida, el sujeto, al recibir una información falsa, tiene que obtener la concesión de un error de prohibición invencible. No puede importar que el abogado sea más o menos capaz o que la información haya sido impartida después de analizar con poco o mucho cuidado. Yes que esto no lo puede juzgar un profano. Solamente rige una excepción cuando expresamente o, según las circunstancias, implícitamente se exige al abogado un dictamen falso.

Lo que rige para el abogado rige también para las informaciones solicitadas a otras personas o instituciones entendidas en derecho, o sea un profesor de derecho, un juez, un fiscal, una autoridad o funcionario de la jefatura de la policía. Entonces, el ciudadano queda libre cuando haya confiado en la veracidad de una información que en realidad era falsa. Yes que no se le pueden exigir conocimientos jurídicos que ni siquiera poseen los expertos que ha consultado. Por cierto que se requiere que la opinión recabada haya sido impartida de manera vinculante, tal como esto ocurre en las consultas de abogados. Pero si , un estudiante plantea una difícil cuestión jurídica al profesor al salir de clases, consulta que éste absuelve sin mayor reflexión, esto no constituye un aseguramiento suficiente. Más bien existe el aseguramiento recién cuando el estudiante busca al profesor en su horario de atención al público y le pide expresamente un consejo jurídico.

También es suficiente que el ciudadano se apoye en el punto de vista de la jurisprudencia o, cuando no hayan sentencias sobre el tema, en la opinión dominante en la ciencia. Y es que estos son puntos de orientación que permiten reconocer una suficiente fidelidad al derecho. Luego, se presenta un error de prohibición invencible cuando el tribunal, para el caso del autor juzga apartándose de la jurisprudencia vigente hasta entonces o -en caso de decidir por primera vez sobre el tema- apartándose de la opinión científica dominante. Si se presentan distintas sentencias sobre una cuestión jurídica, uno puede ampararse en la sentencia del tribunal de mayor jerarquía, el cual tiene

#### Acerca del error en el derecho penal

mayor poder vinculante. Si la jurisprudencia y la opinión dominante ni la ciencia tienen posiciones opuestas, el ciudadano puede seguir la jurisprudencia, pues, si bien su punto de vista jurídico no es necesariamente más correcto que el de los profesores, la jurisprudencia, según la Constitución, es la que decide vinculan temas sobre cuestiones jurídicas. Y en esto debe poder confiar el ciudadano.

Lo más difícil es dar instrucciones de conducta cuando hayan dos sentencias opuestas de distintos tribunales. Aquí el ciudadano no puede orientarse sin más en la opinión jurídica que más le convenga sino deberá esperar en lo posible la sentencia en última instancia del tribunal superior jerárquico. Volveré a este problema más tarde al tratar la llamada conciencia eventual de injusto (III, 5).

Cuando un profano en lo jurídico se esfuerza por esclarecer difíciles cuestiones jurídicas leyendo por sí mismo leyes, sentencias y comentarios, esto no hace sin más invencible su error. Y es que en muchos casos tiene que decirse a sí mismo que sus conocimientos y capacidades no son suficientes para extraer de tales textos conclusiones jurídicamente confiables. Por otro lado, en casos aislados el invocar un texto legal claro y sin ambigüedades frente a sentencias divergentes puede por cierto llevar a un error de prohibición invencible cuando no se haya pasado por alto ningún punto de vista decisivo. Yes que en caso contrario, se desconocería al texto legal, de manera dudosamente constitucional, la función orientadora que debería tener también para cada ciudadano.

#### *c) Debe haberse podido alcanzar el conocimiento del injusto*

Cuando el autor tenía un motivo para preocuparse por la legalidad de su conducta, pero no lo ha hecho o lo ha hecho de manera insuficiente, su error de prohibición todavía no es invencible. Más bien es aún necesario que el autor también hubiera alcanzado, mediante suficientes esfuerzos de aseguramiento, realmente una acertada comprensión jurídica. P. ej. si el abogado, cuya consulta ha sido omitida, hubiera declarado que la conducta guarda conformidad con la ley, invocando la jurisprudencia de entonces, la conducta que el autor ha puesto en práctica sin ninguna evaluación ha sido efectuada

210

211

bajo un error de prohibición invencible. Yes que incluso si hubiera actuado correctamente no hubiera podido llegar a comprender el injusto de su hacer. Luego, no es que, como ha supuesto antiguamente el Tribunal Federal alemán, las indagaciones omitidas llevarían en todo caso a la vencibilidad de un error de prohibición. No es la lesión de un deber de indagación, sino solamente la posibilidad de alcanzarla comprensión del injusto lo que hace vencible a un error de prohibición.

5. ¿Pueden las dudas sobre el injusto fundamentar un error de prohibición?

Existen problemas no esclarecidos en caso de dudas del autor sobre la situación jurídica. Cuando pese a las dudas iniciales confía en que su actuar estaría permitido, en caso de una falsa estimación de la situación jurídica, en todo caso, se presenta un error de prohibición. Pero éste es, por regla general, vencible, pues el autor hubiera tenido que tratar de aclarar las dudas (III, 4, b). ¿Sin embargo, se presentaría también un error de prohibición cuando continúan las dudas, o sea cuando el autor considera que su accionar probablemente estaría permitido, aunque también podría estar prohibido?

El Tribunal Federal alemán parte de que no existe para nada un error de prohibición cuando el autor, en el momento de la comisión del hecho, tiene dudas continuadas sobre el carácter permitido de su actuar. «Quien tiene la representación de hacer algo posiblemente injusto, y acoge esta posibilidad en su voluntad, tiene conciencia del injusto». En tal caso podrían «no encontrar aplicación alguna los principios del error de prohibición». Luego, el autor es reprimido con el total de la pena dolosa, sin posibilidad de atenuaciones. La «consciencia eventual del injusto» es equiparada a la consciencia segura del injusto.

Esto es ciertamente correcto cuando el autor tenía la posibilidad de levantar sus dudas sobre el injusto. Cuando p. ej. una consulta a un abogado podría ilustrarle en cualquier momento sobre la prohibición, aquél que, pese a sus dudas, actúa a tontas y a locas, no merece una atenuación de pena. También es ello correcto cuando el actuante puede, sin perjuicios para él, esperar a que un tribunal tome una de-

cisión esclarecedora. Si la cuestión sobre la permisibilidad de determinada conducta está pendiente de resolverse ya en el Tribunal de mayor jerarquía, uno debe en lo posible esperar hasta que el Tribunal emita su fallo. Si no lo hiciera, cargaría con el riesgo de la punibilidad.

Pero, ¿qué sucede cuando las dudas sobre el injusto no pueden, en ese momento, ser disipadas y tampoco puede esperarse que se aclaren en un tiempo previsible, pero omitir la conducta posiblemente permitida o posiblemente prohibida traería consigo daños graves? ¡Supóngase que es jurídicamente polémico si la prohibición reforzada penalmente de exportar determinada mercancía también abarca objetos con los cuales el autor comercia! Parte de la literatura contesta afirmativamente la pregunta, otra parte la niega. No existen sentencias de los tribunales y tampoco se espera que se emitan algunas en el futuro cercano. ¿Tiene pues el autor que renunciar a la exportación a costa de grandes, quizás ruinosos perjuicios económicos, si no quiere correr el riesgo de ser reprimido, por la realización del tipo correspondiente, con una pena de delito doloso y sin ninguna atenuación? Esto limitaría drásticamente el campo de libertad del ciudadano porque éste, en caso de una situación jurídica dudosa, tendría siempre que optar por la menos favorable para él y con ello soportar graves desventajas.

Por ello opino que sería razonable, en tales casos, emplear analógicamente la regulación del error de prohibición. Esto de todos modos aseguraría al autor una atenuación penal. Y esta atenuación está justificada porque, en lo referente al merecimiento de pena existe una clara diferencia según si se sobrepasa una prohibición clara o una de dudosa existencia. La cuestión de si incluso podría admitirse un error de prohibición invencible tendría que decidirse según criterios propios de este grupo de casos. Tendría que emprenderse una ponderación en la cual interesaría con qué grado de probabilidad debía admitirse una infracción de la prohibición y cuan grandes hubieran sido los perjuicios que el autor hubiera tenido que esperar en caso de omitir la acción realizada. Yo recomiendo que, si habían buenos motivos para la permisibilidad y renunciar a la acción realizada hubiera traído considerables perjuicios, deberían admitirse las consecuencias jurídicas del error de prohibición invencible, o sea, debería absolverse al autor.

6. ¿El error de prohibición invencible, debe ser invencible en el momento del hecho?

Ya hemos oído que un error de prohibición jurídicamente relevante debe existir en el momento de la comisión del hecho, pero que puede ser variada la claridad de la representación de la prohibición (III, 2). Pero, ¿su invencibilidad, cuando vaya en contra del autor, debe haber estado presente también en el momento del hecho? Esto ocurre a menudo. Quien p. ej., a consecuencia de un error de prohibición se hace culpable de un delito tributario mayormente todavía podría evitar el error, en el momento de la comisión del hecho, consultando a un experto. Pero muchas veces ocurre otra cosa. Quien atenta contra tipos penales del Derecho de tráfico rodado por no haber aprendido nunca las reglas de tráfico, no pudo evitar sus errores de prohibición en el momento de la concreta situación del hecho. Y es que, en este momento no tuvo ya ninguna posibilidad de adquirir el conocimiento de las prohibiciones.

Pero sería muy injusto absolverlo mediante un error de prohibición invencible. Por ello tiene que considerarse permitido recurrir, en lo referente a la evitabilidad, a una culpabilidad anterior. Esta culpabilidad anterior no es ninguna «culpabilidad por el estilo de vida», tal como ha opinado alguna vez el Tribunal Federal alemán. Y es que solamente puede uno apoyar una condena en una culpabilidad referida al hecho concreto. El «estilo de vida» de una persona no se encuentra sometido al juicio de los tribunales penales. Cuando se coloca la base de la vencibilidad de un error de prohibición en una culpabilidad previa, se trata con ello más bien de una construcción que se corresponde con la «culpabilidad por asunción» [Übernahmeverschulden] en actos imprudentes. Cuando alguien al volante de su auto causa un accidente de tráfico, debido a que con sus ojos debilitados ya no puede observar con suficiente exactitud los sucesos de la calle, no pudo evitar el accidente en la concreta situación del tráfico. A pesar de todo, se le penará por un hecho imprudente; su imprudencia consiste en que, pese a su debilidad visual que él conocía, se ha introducido con su automóvil en el tráfico rodado. De manera análoga puede fundamentarse la vencibilidad del error de prohibición en mi ejemplo inicial por el hecho de que el autor ha participado en el tráfico rodado pese a

que sabía que le eran desconocidas las reglas de tráfico. La analogía i. s. l. i. i. justificada pues el error de prohibición representa una «imprudencia de Derecho» que puede compararse con la «imprudencia del hecho». En ambos casos, la condena no se basa en una culpabilidad por el estilo de vida, sino se vincula a una conducta anterior que puede ser descrita con exactitud y es culpable. Esto está permitido sin ninguna duda.

7. El error de mandato [Gebotsirrtum] en caso de omisiones

El autor de un delito de omisión no atenta contra una prohibición sino contra un mandato, es decir contra un deber de actuar. Cuando no conocía este mandato, no se encuentra en un error de prohibición, sino en un error de mandato. Pero este error de mandato es tratado según las reglas del error de prohibición tal como p. ej. expresamente declara el Código penal mejicano para el Distrito Federal. Esto significa en la práctica: si el desconocimiento de un mandato era invencible para el autor, se excluyen la culpabilidad y la pena. Si era vencible, el autor será penado por un delito doloso; pero la pena se atenuará.

Debe observarse que un error de mandato invencible ocurre, en los delitos de omisión, con más frecuencia que un correspondiente error de prohibición en delitos de comisión. Así, mientras que en los delitos de comisión se presenta una intervención activa en una esfera jurídica ajena, cuyo carácter prohibido resulta ya evidente a través de la afección de otros, en los delitos de omisión no resulta fácil reconocer cuándo el particular, bajo el peligro de una punibilidad, es llamado a actuar. Luego, será más raro que exista un «motivo» para reflexionar sobre su deber penal de actuar (comp. n. marg. 30 y ss.).

Se distingue entre delitos de omisión impropios y propios. Los delitos impropios de omisión «e penan a partir del correspondiente tipo de comisión cuando el omitente tiene una llamada posición de garante, esto es, cuando recae en él una responsabilidad especial de preservar el bien jurídico tutelado. Así ocurre p. ej. en la relación enu~e padres e hijos: cuando los primeros omiten dolosamente alimentar a su hijo o llevarlo al médico cuando está enfermo, de manera que

Ature a del erra: en el derecho penal

el hijo muere, se les pena por homicidio doloso omisivo. Al lado de estos delitos de omisión impropia existen también los de omisión propia, los cuales no se corresponden con ningún tipo de comisión y cuya punición proviene de tipos autónomos. Así, en Alemania, existe el tipo de omisión de auxilio, según el cual se sanciona penalmente a aquel que, en casos de accidentes fortuitos, no presta ninguna ayuda. Luego, cuando ni el padre ni un transeúnte que casualmente pasa por el lugar de los hechos se preocupan por un niño accidentado, de manera que este muere como consecuencia del accidente, el padre será penado por un homicidio doloso omisivo, y el transeúnte por omisión de auxilio (este último, por cierto, con una pena mucho más baja).

Ahora bien, la regulación del error de prohibición rige de igual modo para delitos impropios y propios de omisión. Entonces, en mi ejemplo, cuando el padre no ha sabido que es responsable de la vida de su hijo, y cuando tampoco el transeúnte se ha sentido obligado a prestar ayuda, ambos serán penados por un delito doloso de omisión bajo un error vencible de mandato (aunque a partir de diferentes tipos: el padre, mediante el tipo de homicidio, el transeúnte mediante el de omisión de auxilio).

Es importante diferenciar el deber correspondiente de los hechos de los cuales resulta aquél. Yes que el error sobre los hechos que fundamentan el deber es un error de tipo y excluye el dolo. Luego, cuando el padre no ha reconocido, por falta de atención, que el niño accidentado es su propio hijo, solamente puede ser penado por homicidio doloso mediante omisión (y además por omisión dolosa de prestar auxilio). Y cuando el transeúnte permanece inactivo porque ni siquiera ha notado el accidente, entonces debe quedar impune. Yes que la omisión culposa de auxilio no es punible.

#### IV. El error sobre circunstancias justificantes

Ya al principio he proporcionado ejemplos ilustrativos extraídos del campo del derecho a la legítima defensa. Pero los errores de este tipo pueden presentarse en todas las causas de justificación. Cuando p. ej. alguien, en el tráfico rodado, conduce demasiado rápido atentando contra las disposiciones penales, esto puede estar justificado por

216

Acerca del error en el derecho penal

el estado de necesidad cuando era el único medio para salvar la vida de un accidentado llevándolo al hospital. Pero cuando al llegar al lugar del accidente se descubre que no existe ninguna lesión necesitada de tratamiento, no existe un verdadero estado de necesidad, sino solamente uno supuesto (un estado de necesidad putativo), y surge la pregunta sobre las consecuencias de este error en la punibilidad del que quería salvar al otro.

En el Código penal alemán el error sobre circunstancias justificantes no está regulado, pues el legislador no estaba seguro de la solución jurídicamente correcta y quería dejar esto a la jurisprudencia y la ciencia. En consecuencia, en este ámbito discuten muchas y variadas opiniones de las cuales solamente quiero exponerles con algo más de detalle las dos más importantes, juntamente con sus fundamentos. En la jurisprudencia y literatura alemanas predomina la llamada «teoría restringida de la culpabilidad», la cual trata el actuar bajo una suposición errónea de circunstancias justificantes de manera análoga al error de tipo, y admite una exclusión del dolo, o sea, eventualmente lleva a la punibilidad por imprudencia. En los ejemplos que he expuesto (I; III, 7), esto lleva a la siguiente solución: si alguien derriba a otro para anticiparse erróneamente a un supuesto ataque, se excluye una punición por lesiones dolosas. Pero debe admitirse una lesión corporal imprudente cuando el autor pudo haber reconocido que el supuesto atacante no quería dispararle sino solamente quería mostrarle el arma. También aquél que dispara al atacante creyendo que esto sería necesario para defenderse, no puede ser penado por lesiones u homicidio doloso. Nuevamente entra aquí en consideración solamente una punición por un hecho imprudente cuando tuvo que haber sido claro para él que el ataque podía rechazarse de una forma menos dañina. Igualmente en mi tercer ejemplo se descarta una punición por violación dolosa de las disposiciones del tráfico rodado; cuando su infracción imprudente, como ocurre por regla general, no es punible, queda entonces impune el autor que quiere realizar un rescate.

Se denomina a esta doctrina, la «teoría restringida de la culpabilidad» porque según ella el error sobre circunstancias justificantes no es tratado -como el error de prohibición- como problema de la culpabilidad, sino como una cuestión del dolo del tipo. Es difícil de enten-

217

der la denominación. Pero dado que ha obtenido carta de ciudadanía en la discusión científica, debería reconocérsela. Objetivamente considero que es correcta la teoría restringida de la culpabilidad, o sea el tratamiento del error sobre circunstancias justificantes, de manera análoga al error de tipo. A favor de esta doctrina hablan dos argumentos básicos.

En primer lugar, este error, como el error de tipo, es un error sobre los hechos. El autor no erra primariamente en cuanto a la prohibición, sino no ve la realidad correctamente, no está «al tanto». Por ello, en el error sobre circunstancias justificantes se habla de un «error de tipo permisivo» porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de «tipo delictivo», sí lo hace en cuanto al «tipo» de una proposición permisiva-p. cj. de la legítima defensa. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo. En ambos casos, el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyen tes del dolo.

En segundo lugar, también debe considerarse como excluyente del dolo la suposición errónea de circunstancias justificantes porque las representaciones del autor sobre lo justo y lo injusto, en tal caso, son plenamente conformes a derecho. Así, cuando, en mi primer ejemplo, la víctima hubiera estado a punto de disparar al autor, a éste le hubiera estado permitido disparar al primero. Pero no puede ser que se trate como criminal doloso a quien orienta su conducta en ideas plenamente correctas sobre lo justo y lo injusto. Lo que se puede reprochar al autor, en todo caso, es una falta de atención, un desconocimiento de los hechos. Pero éste es un típico reproche de imprudencia.

Pero a la opinión dominante expuesta se opone en Alemania la concepción científica que se conoce como «teoría estricta de la culpabilidad». Ella lleva este nombre porque trata el error sobre circunstancias justificantes como un error de prohibición y, con ello, como un problema de la culpabilidad. Por sus resultados finales esto signifi-

<, \: quien derriba a otro opinando erróneamente que este estaría a punto de dispararle, habría cometido una lesión corporal dolosa. Su representación de los hechos no excluye el dolo, sino solamente el error de prohibición. Este error lleva, en caso de invencibilidad, la exclusión de la culpabilidad y a la impunidad. Pero si el error era vencible, al autor se le penará por una lesión corporal dolosa, cuya pena puede, por cierto, ser atenuada. También en mis demás ejemplos del error sobre la exigibilidad de la defensa o de la salvación de una vida humana, la teoría estricta de la culpabilidad solamente trata un error de prohibición y, en caso de su vencibilidad, pena al autor por un hecho doloso. La teoría estricta de la culpabilidad invoca tres argumentos para oponerse a la opinión dominante.

El primero se basa en la opinión defendida por la llamada teoría final de la acción, según la cual el dolo, ontológicamente, sólo puede consistir en la dirección del curso causal hacia un objetivo determinado. Cuando el autor -para aclarar esto usando solamente mi primer ejemplo- conociendo y queriendo derriba a golpes al supuesto agresor, ha dirigido el curso causal de igual forma como correspondía a su objetivo, y esta circunstancia por sí sola fundamenta el dolo. Todas las demás representaciones erróneas solamente pueden -según esta doctrina- ser tratadas como errores de prohibición.

El segundo argumento se apoya en consideraciones de merecimiento de pena. Quien erróneamente supone circunstancias justificantes, sabe después de todo, en mi ejemplo inicial, que está derribando a golpes a un ser humano y, con ello, realiza un tipo delictivo. El tiene que haber tomado este saber como motivo para examinar de manera especialmente cuidadosa si realmente están dadas las circunstancias en las cuales se basa su justificación. Si no tuviera este cuidado, según esta doctrina, se hace merecedor de pena en mayor medida y se ha ganado la pena prevista para el dolo.

El tercer argumento invoca los vacíos de punibilidad. Dado que la comisión imprudente sería punible solamente en pocos delitos (sobre todo en el homicidio y en las lesiones corporales), desde el punto de vista de la teoría restringida de la culpabilidad el autor que actúe bajo error vencible no podrá, en la mayoría de los casos, ser penado. En mi tercer ejemplo, la lesión de disposiciones de tráfico rodado co-

metida suponiendo erróneamente que esto sería necesario para salvar una vida humana, tendría que absolver al autor si la infracción culposa de estas disposiciones no estuviera conminada con pena. Según el Derecho alemán, también resultan impunes, p. ej., los daños imprudentes a los bienes. Así, cuando alguien oye un grito espantoso proveniente de un departamento y rompe los cristales de una ventana para penetrar en él e impedir un hecho violento -lo que estaría justificado por el estado de necesidad-, podría él, siguiendo la opinión dominante, no ser penado cuando, a consecuencia de su falta de atención, no hubiera reconocido que en el apartamento no tenía lugar ningún hecho violento, sino los ocupantes solamente estaban realizando prácticas declamatorias. Según la teoría estricta de la culpabilidad, aquí es posible una punición por daños dolosos (con culpabilidad atenuada). Los tres argumentos son discutibles, pero, en última instancia, tampoco convencen. En lo que respecta al primer argumento, debe oponerse que no existe un concepto ontológico de dolo previo al derecho como ley del ser. Solamente depende de decisiones valorativas de política criminal el determinar qué circunstancias debe haber conocido o no debe haber admitido el autor a fin de ser penado como autor doloso. Pero estas decisiones valorativas dicen, como ya se ha expuesto, que no está permitido juzgar como infractor doloso del derecho a aquél cuyas concepciones jurídicas armonizan con las del legislador.

Tampoco resiste a la crítica la tesis de que un merecimiento de pena, especialmente elevado en relación con la imprudencia típica, de la pena de dolo resultaría del conocimiento de la realización típica. Yes que se deroga el efecto inhibitorio que impide normalmente una realización del tipo cuando el autor cree estar justificado por una proposición permisiva. El agente ejecutor que, con fines de ejecutar una garantía, penetra en un departamento ajeno, no tendrá ninguna inhibición especial proveniente de saber que está cometiendo una violación de domicilio típica. Si, a consecuencia de un descuido, penetra en el departamento equivocado, esto no es más merecedor de pena que cualquier otra imprudencia; luego en este caso queda impune. Por otro lado existen muchas conductas cuya gran peligrosidad resulta fácilmente visible incluso sin realización del tipo. Quien enciende un

losloro o una vela en un granero repleto de paja, o quien juguetea lénle a oirá persona con un arma cargada o con explosivos, sabe que .r.i puede ocurrir fácilmente una tragedia, pero solamente se le penalti por imprudencia cuando por ligereza cause el resultado. No se al-i .ni/a a ver por qué debería merecer más pena la suposición errónea ilc i ircunstancias justificantes.

Finalmente también debe discutirse que admitir una exclusión del dolo deba llevar a vacíos de punibilidad, los cuales solamente podrían ser cerrados mediante una punición por dolo. Ciertamente es correcto que los tipos imprudentes han sido mayoritariamente crea-ili is a la medida de la imprudencia típica. Pero no existen causas razonables de por que tenga que pensarse indispensablemente la «imprudencia de lajustificación» allí donde la «imprudencia típica» es impu-lir, ¡Tomemos solamente mi último ejemplo de la violación de domicilio por pane del agente ejecutor! Cuando el agente ejecutor, al pene-Irar en el departamento equivocado cree erróneamente en el acuerdo del titular del domicilio, le falta el dolo del «penetrar», o sea el dolo típico, de manera que quedará impune en cualquier caso por-qi ic la ley no conoce una violación de domicilio imprudente. ¿Por qué sería entonces necesaria una punición del agente ejecutor si su error se limita a confundir los departamentos? O pensemos en el caso formulado anteriormente de alguien que rompe una ventana para impedir un hecho violento que erróneamente supone se estaría cometiendo adentro. Si resulta impune aquél que por falta de cuidado rompe el cristal de una ventana ajena, no necesita ser penado aquél que hace eso debido a que ha supuesto erróneamente la existencia de una si-lnación de emergencia. Al contrario: con más razón no existe aqtií ninguna necesidad de pena pues el autor, después de lodo, estaba guiado por un motivo noble. El resultado final es entonces el siguiente: la suposición errónea de circunstancias justificantes debe ser tratada de manera análoga al error de tipo y no al error de prohibición. Esto hace que sean necesarias diferenciaciones cuidadosas en los errores que se refieran a la antijuricidad. Solamente excluye el dolo el «error sobre el tipo permisivo», o sea el caso de que el autor se represente hechos que, si existieran, justificarían su conducta. Por el contrario subsiste el dolo y, tal



como ya se ha expuesto (III, 1) solamente<sup>1</sup> se presenta un error de prohibición cuando el autor cree estar justificado porque, en su representación, extiende demasiado los límites de una causa de justificación («error sobre los límites de la causa de justificación»). Para mostrarlo otra vez con un ejemplo práctico: quien erróneamente cree que está siendo atacado y recurre contra esto a medidas penalmente típicas, que sobre la base de sus representaciones son necesarias para repeler el ataque, actúa sin dolo. Por el contrario, quien, en una situación real de legítima defensa, supone que con su reacción estaría permitido ir más allá de la medida de lo necesario para repeler el . ataque, actúa dolosamente y solamente se encuentra bajo un error de prohibición.

#### V, EL ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS EXCULPANTES

El último tipo de error que se va a tratar atañe al error sobre circunstancias exculpantes, tal como ya he explicado al principio de mi exposición tomando como ejemplo a un conductor que atropella a un peatón por creer que solamente de esa manera podía evitar un accidente grave. Tales errores no ocurren con mucha frecuencia y por ello solamente podemos tratarlos brevemente. Ocurren con más frecuencia en el estado de necesidad exculpante y aparecen allí de forma que el autor, o bien se imagina una situación de exculpación no existente o, cuando existe una verdadera situación de necesidad exculpante, no reconoce que ésta pudo haberse eliminado sin perjudicar a terceros ajenos al hecho.

El primer caso es representado por el ejemplo de que alguien, a través de amenazas de muerte contra su persona o sus parientes, sea llevado a cometer el delito grave deseado por los maquinadores ocultos. Cuando existe realmente tal peligro, y éste no pudo ser evitado de otra manera, el derecho alemán exculpa al autor. La conducta del autor no está justificada pero sí disculpada. El legislador toma en cuenta su difícil situación y renuncia a una pena. Tal tolerancia no es un sobreentendido y tampoco es practicada por todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el reconocimiento de esa exculpación liberadora de pena constituye naturalmente el presupuesto para la posibilidad

de un error sobre circunstancias exculpantes. En mi ejemplo, se ha producido un error como ese cuando la amenaza penal en realidad no podía ser ejecutada, o sea no existía en realidad el peligro supuesto. Un importante grupo de casos de este ámbito está conformado por el estado de necesidad proveniente de una orden erróneamente supuesta. Así, en Alemania, durante la época de la dictadura nacionalsocialista algunos autores obedecieron órdenes estatales para ejecutar delitos graves temiendo que, en caso de una negativa, podrían ser ejecutados ellos mismos. Pero esta suposición era falsa pues, en realidad, aquellos que se negaban a ejecutar dichas órdenes no eran ejecutados, a fin de evitar disturbios, sino solamente se les cambiaba de lugar de trabajo.

El segundo caso se presenta p. ej. cuando aquél que por miedo a una amenaza de muerte ejecuta un delito grave, no reconoce erróneamente que el peligro podía haber sido eliminado de otra manera (p. ej. denunciando los hechos a la policía). Y es que el efecto disculpante del estado de necesidad solamente interviene cuando el peligro no era evitable de otra manera, se trata de la suposición errónea de circunstancias disculpantes. De igual modo debe admitirse ese caso cuando alguien, al producirse un incendio en el piso superior de una casa alquilada, empuja, con efectos mortales, al que está ocupando la escalera de incendios, pues cree que solamente de esa manera puede descender oportunamente y salvar su vida, mientras que, en realidad, todavía hubiera estado en seguridad si hubiera dado preferencia al que estaba delante de él.

Para el tratamiento jurídico del error sobre circunstancias exculpantes existen tres modelos imaginables, los cuales también han encontrado seguidores en Alemania. Según la primera solución, el autor bajo error debe ser tratado como si existiera de verdad la situación de necesidad que él ha supuesto; luego, debería excusarse. Esto se apoya en la idea de que el autor es excusado debido a la presión psicológica bajo la cual actúa. Pero esta presión psicológica -ilustrada con nuestros ejemplos- es tan igual en el peligro para la vida meramente imaginado como en el real. La segunda solución, que también defendió anteriormente el Tribunal Federal alemán, trata el error so-

## INTRODUCCIÓN

Hace varios años trabajaba en mi Instituto de Munich un becario ; que estudiaba dogmática penal alemana. Después de algún tiempo vino a verme y me formuló muchas preguntas que me han confirmado lo fructífero que resulta el trabajo de Derecho comparado también en el campo de la dogmática. Una de sus preguntas se refirió al contenido de este artículo.

'Comprendo' -opinaba- «...que la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y de exclusión de la pena es muy sutil y casi una obra de arte jurídica. ¿Pero no se trata quizás de un pasatiempo ingenioso? Es que en última instancia

lo que importa es sólo la punibilidad, la cual se deniega por igual cuando se dan todas estas causas. ¿Acaso las consecuencias diferentes vinculadas a estas categorías no se deducen más

de las distinciones conceptuales en vez de fundamentarse en necesidades objetivas?»

Estas preguntas pueden provocar un shock moderado en un alemán, para quien estas diferenciaciones aparecen como fijas e inatacables. Hans WELZEL, uno de nuestros más grandes juristas decía en 1966 que la obra de su vida estaba completada en III: «Veo en la fragmentación del delito en los tres elementos: culpabilidad, antijuricidad, el progreso dogmático más reciente de las últimas dos o tres épocas humanas». Un sistema jurídico-

JuS 1966, p. 421 y ss.

227

que lleva a cabo esta diferenciación sería «superior a otro en el cual aquélla no existe». Y Wilfried KÜPER, uno de los mejores conocedores de la materia hasta hoy en día, recién en 1983<sup>(v)</sup> ha incluido dentro de «los más grandes rendimientos de la dogmática penal» a la diferenciación entre antijuricidad y culpabilidad; tras esta diferenciación no «hay ya ninguna vía de regreso».

También a mí me parece que es irreversible para el Derecho alemán por lo menos la aceptación de que las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad son dos cosas distintas que deben mantenerse separadas. Después de haber pasado por un largo período de incertidumbre<sup><i>i</i></sup>, el RG se ha decidido definitivamente por esta diferenciación desde 1927<sup>(4)</sup>. El legislador la ha incluido por escrito expresamente en la nueva parte general del C. P. vigente desde 1975, hablando de una exclusión de la antijuricidad en la legítima defensa (art. 32) y en los casos de estado de necesidad del art. 34 y, por el contrario, de un «actuar sin culpabilidad» en los casos de estado de necesidad del art. 35, en un error de prohibición invencible (art. 17, primera oración) y en la falta de imputabilidad (art. 20). La diferenciación formaba parte también de las pocas sentencias dogmáticas trascendentales que hoy en día pueden tenerse por indiscutibles en la ciencia jurídico-penal alemana.

Pero con ello la provocativa pregunta inicial de mi interlocutor inglés no ha sido resuelta. Y es que si se ve con más exactitud, no es muy grande en este campo el stock de expresiones sobre las cuales todos estén de acuerdo: éste sólo atañe a la existencia de las categorías como tales y a su mayor y muy abstracta medida de separación. Pero no sólo sigue siendo discutible, en algunos casos de liberación de pena, el que sean vistos como causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad o de la pena. También es discutible la importancia de las categorías en par-

<sup>(2)<</sup> KiTKR, JZ1983, p. 88 y ss., p. 95 y 89 correspondientemente.

<sup><st</sup> La antigua jurisprudencia es bien analizada en Eb. SCHMIPT, ZStW49 (1929), p. 351 y ss.

<sup>(4)</sup>RGSt61,p. 242 y ss.



Pues constituye una cuestión que debe decidirse exclusivamente se-KÚn puntos de vista del Derecho penal el que la particularidad del caso permita o no una excepción a la punibilidad amenazante. Pero la i oima cómo deba decidirse sobre una colisión de intereses y delimitar entre el derecho y el injusto es un problema para cuya solución pueden contribuir todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

### III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA EXPLICACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

La delimitación entre causas de justificación y de exculpación, l al como se acaba de intentar hacer con carácter general, puede parecer trivial. Sin embargo, ella contiene ya una toma de posición acerca de una serie de puntos controvertidos que quiero indicar aquí.

#### 1. El principio de la justificación

Si veo la tarea de la categoría de la justificación en la regulación socialmente correcta del interés y del interés contrapuesto, es decir que atribuyo todas las causas de justificación al principio de la ponderación de intereses, me distancio de la doctrina pluralista fundamentada por MEZGER<sup>(5)</sup>, o mejor dicho, de la teoría dualista. Esta teoría si lúa conjuntamente, en las causas de justificación, los principios del interés preponderante y de la falta de interés, y pretende, con el segundo caso, comprender preferentemente el consentimiento. Pero yo considero que el consentimiento no es una causa de justificación. l'ucs allí donde alguien consiente eficazmente en que otro intervenga en sus bienes jurídicos, lo que hay en esta intervención no es una afección al portador del bien jurídico, sino un apoyo en la realización de su libertad de acción garantizada constitucionalmente (art. 2 C. A.), la cual se expresa precisamente en la disposición de los bienes jurídicos que le corresponden.

Tal conducta llena tan poco el tipo delictivo como

<sup>(ii)</sup> ME/C.ER, «Strafrecht, AT», 3- ed. (1949), p. 204 y ss.; de manera similar actualmente, p. e. LEXCKNER, en Schönke/Schroder, ScGB, 23<sup>3</sup> ed. (1988), com. previo art. 32, n, marg. 7; BLEI, «Strafrecht, AT», 13\* ed. (1983), cap. 36 I.

lo hace la disposición del portador del bien jurídico sobre sus bícne? jurídicos; por ello esto no es típico desde el principio.

En el marco de una teoría «monista» de las causas de justificación», la cual considero por consiguiente correcta, me aparlo de aquellos que exigen para la justificación necesariamente un interés preponderante; la colisión de deberes muestra que según las circunstancias también la salvaguarda de intereses de igual valor pueden llevar a la justificación. Naturalmente, la ponderación de intereses según el criterio de lo socialmente correcto es un principio meramente regulativo, el cual no dice nada sobre los contenidos de lo socialmente correcto. Estos resultan del Derecho positivo y, en caso que éste guarde silencio, de los principios del ordenamiento social que pueden deducirse de todo el ordenamiento jurídico<sup>111</sup>.

#### 2. El principio de la exculpación

En las causas de exculpación veo el común denominador, en contra de la opinión dominante, no en la falta de culpabilidad, sino en que, por motivos de política criminal, o bien no es posible o bien no es necesaria una punición. Donde falta la culpabilidad, p. e. en caso de una enfermedad mental, es imposible una punición siempre que se acepte la premisa teórica penal, en la cual también se basa el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>, de que la pena presupone la culpabilidad. Pero también donde todavía puede afirmarse una culpabilidad (atenuada), es decir, donde el autor en una determinada situación todavía es normativamente asequible [normativ ansprechbar] y tiene la posibilidad de decidir entre diferentes alternativas de conducta<sup>181</sup>, el legislador prescinde de una punición cuando esto no le parece exigible por razones de prevención especial ni por las de prevención general. Así

<sup><ii)</sup> Al respecto, ROXIN, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 2<sup>1</sup> ed. (1973), p. 26yss.

<sup>17)</sup> BverfGE 20, 323 (331).

<sup>(si)</sup> Acerca de esta comprensión de la culpabilidad, conip. más detalladamente *mi* artículo en el *ZStW*96 (1984), p. 641 y ss.

de ju si ilitacLÓN

y de exculpación y su delimitación de otras causas Ac exclusión de b pena

(« uiTc, según el derecho alemán, p. e. en el estado de necesidad exculpante (art. 35) y en el exceso de legítima defensa (art. 33) . Sólo |iiii necesidades preventivas pueden ser explicadas con naturalidad las excepciones hechas a la exculpación en el estado de necesidad (jii'l. 35, primer párrafo, segunda oración) y la limitación de la impunidad a estados emotivos asténicos («confusión, temor pánico») en caso de exceso delegítirnadefensa<sup>(p)</sup>, Esta consideración de intereses preventivos en el marco de la categoría dogmática que decide sobre la liberación de pena se corresponde con la comprensión teórico-penal (le que, si bien la pena siempre presupone la culpabilidad, sin embargo, adicionalmente también la necesidad preventiva siempre presupone la sanción. Luego, la pena puede ser excluida debido a la falta de culpabilidad o de necesidades preventivas de sanción. Por ello a mí me resulta lo más correcto terminológicamente, hablar de causas de exclusión de la responsabilidad (como concepto superior para la culpabilidad excluida y la falta de necesidad preventiva); sin embargo, el término «causas de exculpación» es inofensivo si se le emplea en el mismo sentido y se es consciente de que proporciona dos diferentes causas de exculpación.

Por el contrario, no considero necesario distinguir además, tal como hace una opinión difundida<sup>1111</sup>, entre causas de exclusión de la culpabilidad [Schuldausschließungsgründe] y causas de disculpa [Entschuldigungsgründe] . Las causas de exclusión de la culpabilidad son, según ello, la iniraputabilidad (ari.20) y el error de prohibición invencible (art. 17), es decir casos, en los cuales falta la culpabilidad completamente, mientras que en las causas de disculpa, p. e. están el estado de necesidad del art. 35 y el exceso en la legítima defensa del art. 33, en los cuales existe de por sí una cierta culpabilidad, pero que se tolera al autor.

<sup>(H)</sup> Comp. al respecto y más detalladamente, Roxix, en: L.-H. a Henkel, 1974, p. 171 y ss. Y especialmente sobre el art. 33, el mismo autor, en L.-H. a Schafstein, 1975, p. 105 y ss.

<sup>1111)</sup> Comp. por mencionar a algunos, LKNCKNER (supra, nota 5), com. previo art. 32, n. marg. 108 y ss.; más ref. hib. KIRSCH, en *LK*, 10ª ed., com. previo art. 32, n. marg. 182, quien coincide con el parecer aquí defendido.

233

Ciertamente, detrás de esto está la comprensión correcta de que la tradicional categoría denominada «culpabilidad» no tiene que ver ella sola precisamente con la culpabilidad, dado que un hecho puede ser eventualmente disculpado (según mi opinión, en caso de faltar necesidades penales de prevención) aún cuando exista una cierta culpabilidad. No obstante, esto no debería ser tratado de manera distinta en las así llamadas causas de exculpación. También la inimputabilidad tiene zonas normativas marginales, p. e. en las situaciones emotivas de alto grado y en las neurosis graves, en las cuales no pueden excluirse plenamente las consideraciones preventivas al aprobarlas o reprobarlas; incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de libertad de decisión todavía debería ser posible una exculpación en cuanto esto se pueda defender desde la política criminal. Y también en el error de prohibición, la impunidad no debería depender de una ineviabilidad [invencibilidad] absoluta que apenas se da alguna vez, sino de si el autor, tal como acertadamente se dice en el C. P. suizo (art. 20), ha «supuesto por motivos suficientes» que «estaría legitimado para el hecho». Tales «motivos suficientes» ya se dan cuando el autor ha satisfecho las exigencias normales de fidelidad del ciudadano al Derecho y, por ello, no ofrece ningún motivo para sanciones criminales. Si uno persiste en que las causas de exclusión de la culpabilidad no ofrecen ningún espacio para renunciar con tolerancia a la pena, se refuerza un rigor punitivo que es errado por política criminal, puesto que contradice el parecer principalmente aceptado por todos de que si bien la culpabilidad es una condición necesaria, no es todavía una condición suficiente para la pena estatal.

#### IV. LA SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE ANTIpJRICIDAD Y CULPABILIDAD

No importa cómo se piense sobre los detalles recién esbozados brevemente en la interpretación dejustiificación y exculpación. Estos detalles no impiden el consenso sobre la diferencia objetiva consistente en que se libere de pena a una conducta penalmente típica debido a que está permitida y aceptada socialmente o que, en caso de una conducta no permitida y socialmente errada solamente se pres-

234

Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación y otras causas de exclusión de la pena  
 i luda de una sanción penal porque el autor ha actuado sin culpabilidad no es preventivamente indispensable una represión. Por cierto, en el derecho sólo existe una necesidad para esta diferenciación cuando puede extraerse de ella diferentes consecuencias jurídicas. Y, como se sabe, también ocurre aquí. Sólo quiero enumerar las consecuencias más importantes:

### La importancia de la doble vía

La pena se vincula a la culpabilidad, la medida de seguridad al mismo de la conducta del autor. Entonces, un sistema dual exige necesariamente la diferenciación entre justificación y exculpación. Por cierto que es otra cuestión el que un sistema penal de doble vía sea realmente necesario o no; su tratamiento queda fuera de mi tema.

### 2> La importancia para la punibilidad de la participación

La participación en una conducta justificada tiene que ser siempre impune, pues cuando el hecho mismo está permitido y cumple con las exigencias jurídicas impuestas a la conducta, cualquier otra Contribución con este hecho tiene que estar sometida a la misma valoración. Por el contrario, la participación en una acción inculpada, que el derecho alemán posibilita fundamentalmente a través del principio de la accesoriedad limitada (arts. 26, 27, 29), no debe ser de ninguna manera impune. Más bien, lo es solamente cuando los fundamentos que llevan a la liberación de pena en el autor también se presentan en el partícipe o cuando otros argumentos adicionales condicionan su punibilidad.

Por cierto que RUDOLPH<sup>1</sup>, en una monografía notable, pretende que la participación en un hecho disculpado por estado de necesidad

<sup>111</sup> RUDOLPH, en: *SiT-StGB*, 4ª ed. (1985), art. 35, n. marg. 21; el mismo autor, *ZStW* 78 (1966), p. 67 y ss.; igualmente desde la perspectiva de otras concepciones que todavía se van a exponer, MAURACH/ZIPF, «*Strafrecht*, AT», como 1, 6ª ed. (1983); art. 33, n. marg. 40; OIMBKRAT, en L.-H. a. Welzel, 1974, p. 485 y ss., 493 y s.

La justificación y de exculpación y la exclusión de la pena

dad sea fundamentalmente impune; es decir no reconoce, en la medida, una diferencia entre justificación y exculpación. El legislador, cuando el legislador con la exculpación, de manera general, eximir, determinados hechos punibles de sus conminaciones penales y quién con ello a la norma la fuerza motivadora, tampoco podría prohibir con pena al sujeto del Derecho que promueva o motive hechos en estado de necesidad situados en los límites de la participación<sup>(1)</sup>. Pero este argumento, del cual nos ocuparemos más tarde, no convence. Y es que el legislador, cuando exculpa un hecho en estado de necesidad, se aferra plenamente al mandato normativo y con ello a su voluntad motivadora frente al autor del estado de necesidad; en consecuencia, el legislador desaprueba el hecho bajo un estado de necesidad, aun cuando éste igualmente se llega a producir. El que prescinda de una punición no solamente se basa en los motivos de política criminal que he expuesto. De ello resulta necesariamente que el legislador sigue teniendo motivos para dar énfasis a su intención motivadora mediante la imposición de una sanción en aquellos casos en los que estas razones de política criminal no se dan en un tercero, el cual no se encuentra para nada en una situación de estado de necesidad. ¡Hay que ponerse en el caso paralelo del exceso de legítima defensa (art. 1 33)! Cuando el atacado, que podría defenderse del atacante sin dañarlo, «por confusión, temor o pánico» lo mata; entonces esto es lamentable, pero hay buenas razones para dejarlo de todas maneras impune, tal como lo hace el legislador, pues como ciudadano fiel al Derecho ha caído, sin estar preparado, en una situación excepcional que él no podía afrontar. Sin embargo, no se comprende por qué la tolerancia que se le reconoce deba ser otorgada también a un tercero que no estaba atacado y que colabora en este homicidio sin estar bajo confusión, temor o pánico.

Sin embargo, debe admitirse que la importancia práctica del problema no es grande. Pues, en primer lugar, en la mayoría de los casos, en los cuales alguien colabora en una acción exculpada, no hay participación desde el principio, sino autoría

<sup>1</sup> RUDOLPH, *ZStW*, 78 (1966), p. 67 y ss., 98.

! jiii i iitisiilc justificación y tlt exculpación y «i delimitación ile oirá s cansas de exclusión Je b pena mediata<sup>1 ni</sup>. En segundo lugar, no se deberá penar por complicidad psíquica a un tercero no participante, quien sólo explica al autor que en caso de comisión del hecho antijurídico estaría exculpado, pues la información sobre los preceptos jurídicos aquí y en cualquier parte tiene que permanecer también impune, aun cuando contribuye a la comisión de hechos antijurídicos. Y, en tercer lugar, tendrá que otorgarse una considerable atenuación de pena al partícipe en un estado de necesidad exculpado y en el exceso de legítima defensa, porque coopera en un hecho en el cual el injusto ya está reducido; los autores en estado de necesidad, al igual que los de un exceso no solamente afectan, sino también preservan bienes jurídicos.

### 8. La importancia para el derecho de legítima defensa

Es igualmente discutible y dudosa la importancia práctica de la diferenciación entre justificación y exculpación en la legítima deten-Síi. l'or cierto que los catedráticos alemanes suelen explicar mayormente TIL sus clases para principiantes el -Sentido y la necesidad de esta diferenciación diciendo que en las acciones exculpadas estaría permitida la legítima defensa, pero no en las acciones justificadas. Sin embargo, precisamente este ejemplo ilustrativo se ha vuelto en gran medida cuestionable, porque una parle considerable de la ciencia alemana exige una conducta culpable para admitir un derecho a legítima defensa e incluso, en parte, una culpabilidad cualificada (como el dolo del atacante o su accionar conociendo plenamente el injusto)<sup>141</sup>. Para

<sup>(141)</sup> Comp. en cada caso particular, ROXIN, en: *LK*, 10<sup>l</sup> ed., 1985, art. 2o, n. marg, 44 y ss.; conip. previo art. 26, n. marg. 20.

<sup>(14)</sup> P. e, exigen conducta culpable KRAI sí; en; L.-H. a Brims, 1978, p. 71 y ss., 83 y s.; HAAS, «Notwehr und Nothilfe», 1978. p, 356; HKUSCHKA, en; L.-H. a Dreher, 1977, p. 189 y ss., 202; el mismo autor, «Strafrecht nach logisch-analyüscher Methode», 1983, p. 139 y ss. Discuten ya la existencia de un «ataque» al fal tai' la culpabilidad p. e. Otro, en; L.-H. a Würtemberger, 1977, p. 129 y ss., 141; el misino autor, «Grutidkms, Strairccht, AT», 2<sup>a</sup> c-d., 1982, p, 94; MARXI-X, «Dic 'sozialethischen' Grenzen der Notwehr, 1979, p. (>2; de manera simitar también Sfi'i'KRT, «Studien zur Notwehr und 'norwehrühnlichen Lage'», 1973, p. 321 y ss.; JAKOHS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 12, n. marg. 19. Exigen incluso algo más que la

### Las cauMsdt justificación y de exculpación ys u delimitación

ello se hace valer el hecho de que la legítima defensa no solamente sirve para proteger al atacado, sino también para ratificar el Derecho en contra de sus infractores; pero no sería necesaria tal «preservación del Derecho» cuando el atacante hubiera actuado sin culpabilidad y, por ello, no hubiera sido alcanzable en absoluto por el mandato de la norma.

No comparto este parecer. Pues, en primer lugar, ya se ha mostrado que, al presentarse una causa de justificación, el exculpado también puede ser perfectamente motivado por la norma en la mayor parte de los casos. Cuando el legislador es tolerante y renuncia a una sanción penal, esto tampoco significa, de ninguna manera, que quiere quitar a la víctima del exculpado el derecho a la legítima defensa. Y, en segundo lugar, el derecho de legítima defensa no sirve para penar al atacante, en cuyo caso, sin embargo, no podría ser aplicado contra atacantes inculpables; solamente debe hacer visible en un ataque quién tiene derecho y quién comete un injusto, y esto es incluso posible, sin problemas, cuando el atacante actúa sin culpabilidad. Es una cuestión diferente que la legítima defensa deba ser practicada, frente a atacantes inculpables, de la forma más cuidadosa evitando en lo posible las lesiones; pero ésta no es una cuestión de denegación del derecho de legítima defensa, sino de sus límites ético-sociales, para los cuales nuestra dogmática ha elaborado reglas diferenciadoras y satisfactorias en los últimos 20 años<sup>51</sup>.

Entonces, hay que seguir con que las causas de justificación excluyen una legítima defensa y las causas de exculpación la permiten. Incluso si se quisiera seguir la opinión de que a los atacantes inculpables no les estaría permitida una legítima defensa, en este campo todavía no se volvería irrelevante la diferenciación entre causas de justificación

-de manera diferente- para que se desencadene la legítima defensa, SAMSOX, en; SK-StGB, 4<sup>i</sup> ed. (1985), art. 32. n. marg. 15; H. MAVEK, «Strafrecht, AT», 1967, p. 98; SCHVIIPHÁVSEK, «Strafrecht, Studienbuch», 2- ed. (1984), cap. 6, n. marg. 65; Bmn., ZSW84 (1972), p. 1 y ss., 11, ñola 41.

<sup>(15)</sup> Conip. más detalles en Roxin, ZW93 (1981), p. 68 y ss.

lúscausasde justiliiciióny ilc exculpación y 511 delimitación de ocias causas de exclusión de ción y de exculpación. Pues también aquellos que deniegan un derecho de legítima defensa contra ataques inculpables por lo general no quieren dejar sin protección al atacado, sino lo remiten al estado de necesidad justificante del art. 34, con cuya ayuda fundamentan derechos de defensa similares a los que otorga un derecho de legítima defensa restringido a lo ético-social. Pero estos derechos de defensa no están a disposición contra un atacante justificado, cuyo ataque debe soportarse por regla general. Luego, la diferenciación entre justificación y exculpación también sigue siendo importante para el otorgamiento de facultades de defensa en casos en los que se deniega su importancia para el derecho de legítima defensa.

1.

#### LA IMPORTANCIA PARA EL TRATAMIENTO DEL ERROR

Finalmente, también es importante para la teoría del error una separación entre causas de justificación y de exculpación. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no regulada legalmente en la República Federal de Alemania, según la doctrina dominante y la jurisprudencia, excluye el dolo o por lo menos la punición por un hecho doloso. Por el contrario, la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación no tiene este efecto. Para el caso más importante en la práctica, de que alguien suponga falsamente encontrarse en una situación de necesidad exculpante, esto está regulado en el art. 35, segundo párrafo, de tal forma que sólo se excluye la culpabilidad en caso de un error inevitable; en los demás casos se impone una pena atenuada de dolo.

Por supuesto que también en este caso tampoco es evidente el tratamiento diferente que se dé al problema del error en las causas de justificación y en el estado de necesidad exculpante. El BGH había compartido el parecer, antes de la vigencia de la nueva parte general, de que la suposición errónea de una situación de estado de necesidad exculpante excluiría el dolo (BGHSt 5, 371 y ss.), de manera que en tal medida las causas de justificación y de exculpación serían tratadas de igual manera. No obstante, considero que es justa la regulación diferenciadora de las consecuencias jurídicas de la ley vigente. Pues, quien supone una situación de justificación quiere hacer algo que también coincide con el Derecho en caso de una apreciación objetiva;

239

esto merece en todo caso una pena por imprudencia. Por el contrario, quien supone una situación de exculpación, sabe que actúa antijurídicamente y hace esto también dolosamente. Luego, ha tenido suficientes motivos para apartarse de su conducta. Cuando supone errónea y culpablemente una situación de estado de necesidad, esto no es motivo para liberarlo sin más de una pena por dolo, debido a que incluso un estado de necesidad realmente existente, tal como hemos visto, sólo tiene efectos liberadores de pena en función de necesidades preventivas.

En resumen resulta que las distintas consecuencias jurídicas que pueden deducirse de la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación están fundamentadas razonablemente, tanto en lo , objetivo como desde el punto de vista de política jurídica. Por cierto que ellas son más o menos controvertidas, así que la discusión sobre la importancia práctica de la diferenciación, en amplios campos, sigue todavía en acción.

#### V. INTENTOS POR RELATIVIZAR LA DIFERENCIA ENTRE INJUSTO Y CULPABILIDAD

Ahora dedico mi atención a numerosas concepciones que en la literatura actual de Alemania occidental atacan la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pero no por sus consecuencias jurídicas, sino ya desde los presupuestos, y si bien no lo hacen de manera general, sí se refieren a uno u otro ámbito o tratan de reemplazar la diferenciación con otras soluciones.

1.

#### La teoría **unitaria** en el estado **de necesidad**

En la literatura alemana, el único autor que, en el importante campo parcial de la teoría del estado de necesidad, últimamente ha reprobado de manera completa la diferenciación entre justificación y exculpación, es el penalista español GIMBERNAT<sup>(16)</sup>. Para él, *cualquier*

<sup>(16)</sup>

GIMBERNAT (supra, nota II), p. 485 y ss.

240



dt: justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión delapenii

*i\^tndo de necesidad* liberador de pena es una causa de justificación, incluso el del art. 35 que según el legislador alemán sería exculpante. Para la fundamentación, este autor se sirve de la idea., en principio acertada y l amblen varias veces destacada por mí, de que en la situación de estado de necesidad del art. 35, al afirmar la antijuricidad, no falta una culpabilidad del autor, puesto que éste, pese a la situación de peligro (en tanto no se dé un caso del art. 20) todavía es asequible normativamente y también podría omitir el hecho de estado de necesidad. De esta comprobación, GIMBERNAT deduce que el legislador evidentemente no querría impedir la acción del autor y por ello la permitiría, pues aún cuando hubiera podido motivar al autor a un accionar fiel al Derecho, no lo hace y renuncia intencionalmente a una sanción penal.

KüPER<sup>(17)</sup> ha sometido esta deducción a una minuciosa contracrítica. Por ello sólo quiero indicar brevemente dónde, desde mi punto de vista, radica el error de la argumentación de GIMBERNAT: en la asunción no verificada del parecer tradicional de que una conducta típica y antijurídica ya sería en principio punible al presentarse la culpabilidad. Si se siguiera la opinión de que en el así llamado estado de necesidad exculpante se renuncia a la pena, pese a la todavía existente (aunque atenuada) culpabilidad, en tanto lo permitan las necesidades preventivas, entonces la conclusión de GIMBERNAT se desploma. Y es que cuando el legislador se aparta de la punición de una conducta, pese a que podría intentar, no sin perspectivas de éxito, impedirla mediante la pena, entonces esto no tiene que deberse a que considera justificada esta conducta. Más bien, puede mantener su mandato normativo plenamente, declarar la infracción contra éste como antijurídica y, pese a lodo, liberar de pena al autor porque le parece que una sanción no es conveniente ni por prevención especial ni por prevención general. Precisamente esto ocurre en el estado de necesidad exculpante. El curso mental de GIMBERNAT, perfectamente lógico desde su premisa, adolece, entonces, de una falla de elaboración de la

<sup>117)</sup> Ki>KK./Z1983, p. 88 y ss.; GIMBERNAT replica en la introducción del libro de Cuerda Riezu, «La colisión de deberes en Derecho penal», 1984, p. 13 y ss.

l js causas de justificación y de exculpación y su delimiudiin <l'i'III.IM .m\i',le exclusión de l;i pt

idea de que la culpabilidad, si bien es una condición necesaria también bajo aspectos de dogmática penal, no es, sin embargo, todavía una condición necesaria de la sanción penal.

## 2. La teoría de Maurach de la responsabilidad por el hecho

La teoría fundamentada por MAURACH de la «responsabilidad por el hecho»<sup>(118)</sup> inserta entre la antijuricidad y la culpabilidad la «responsabilidad por el hecho» como categoría sistemática adicional, propia. Consecuentemente conoce, junio a las causas de justificación y de exculpación, causas especiales de exclusión de la responsabilidad por el hecho, entre las cuales son mencionadas como las más importantes el estado de necesidad del art. 35 y el exceso en legítima defensa del art. 33. En estos casos no se efectuaría una «disculpa al autor individual» sino se liberaría de responsabilidad «a alguien por una situación determinada». El actuar sería «aquí ciertamente incorrecto (el injusto de la acción existe), pero -frente a la naturaleza humana universal- dispen-sable de manera general, no sólo disculpable de manera individual»<sup>(119)</sup>. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales «causas de exclusión de la responsabilidad» deben concernir sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, deberían descartarse medidas de seguridad en caso de falta de responsabilidad por el hecho, incluso cuando el autor todavía es adicionalmente inimputable; y, en segundo lugar, la participación debería ser impune en caso de faltar responsabilidad del autor por el hecho.

Sobre la base de lo ya expuesto se puede ver fácilmente que esta teoría parte de una observación correcta: en efecto, en el llamado estado de necesidad exculpante, así como en el exceso en legítima defensa, la liberación de pena no se basa en consideraciones individuales de culpabilidad, sino en la consideración de que un actuar no necesita una punición debido a tales situaciones excepcionales. Lue-

<sup>(118)</sup> MALRACH, «Schuld und Verántwonung», 1948. Actualmente, de manera detallada, MAURACH/ZIIT (supra, nota 11), caps. 31 y ss.

<sup>119)</sup> MAVRAC;H/ZIPF (supra, nota II), cap. 31, ti. niarg. 3.

Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena m>, no se trata de una exclusión de la culpabilidad, sino de la exclusión de la responsabilidad penal. Hasta en la elección de las palabras se muestra aquí la cercanía a la concepción por mí defendida.

Pero, al igual que GIMBERNAT, los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho, sacan de una concepción correcta deducciones con las que no puedo estar de acuerdo. Y es que la responsabilidad por el hecho no es, como dice ZiPF<sup>ia</sup>, un «nivel previo a la culpabilidad», de manera que al excluirse -de manera similar que en la exclusión de la antijuricidad- no podría plantearse más la cuestión de la culpabilidad, sino la antijuricidad y la culpabilidad deben afirmarse plenamente en los casos del art. 35 y en el exceso en legítima defensa; la pena no tiene lugar, tal como se ha enfatizado repetidamente, solamente por el hecho de que no hay razones de prevención que la exijan necesariamente. Entonces, el estado de necesidad exculpante y el exceso en legítima defensa, en el sistema del Derecho penal, no se sitúan delante sino detrás de la culpabilidad. Pues estos casos están más cercanos de la punibilidad, no más lejanos que los casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible<sup>11</sup>.

Tampoco convencen los resultados prácticos a los cuales arriba la teoría de la responsabilidad por el hecho con motivo de su clasificación sistemática situada entre la antijuricidad y la culpabilidad. Ya se ha expuesto (IV 2) que, correctamente, la participación en un hecho de estado de necesidad nojustificado sino solamente liberado de pena en virtud del art. 35, debe ser considerada igualmente punible que aquella participación en un exceso de legítima defensa. Tampoco se entiende la suposición de que en los casos de los arts. 35, 33 nunca debería entrar en consideración una medida de seguridad. Ciertamente, por lo general un hecho cometido por un enfermo mental bajo los presupuestos del art. 35 no será un indicio para su peligrosidad, de manera que por este motivo se descarta una medida de segu-

<sup>11</sup>> Ver MAIRACH/ZHT (supra, nota 11), cap. 32, n. marg. 1.

<sup>12</sup> También HIKSÍ:H (supra, nota 10), com. previo, art. 32, n. marg. 174, habla de que la teoría de la responsabilidad por el hecho pondría al revés »la jerarquía de niveles de valoración».

loración<sup>13</sup>), pues el legislador debe juzgar estas interrupciones de embarazo, si es que no los considera necesitados de pena, de manera distinta que a aquellos que sanciona penalmente.

También en las consecuencias jurídicas, que son vinculadas al supuesto carácter no prohibido, el Derecho pena) no puede evadir una valoración. Pues, o bien uno se alinea con las causas de justificación (como lo hace KAUFMANN en la participación y en el error y como resulta también evidente en la legítima defensa) porque un ataque no prohibido no presenta después de todo la antijuricidad exigida para el derecho de defensa en el art. 32; En este caso la liberación de pena vinculada al ser no prohibido objetivamente ya no se diferencia en nada de una causa de justificación. O bien se otorga, tal como lo han hecho distintos partidarios del espacio libre de Derecho<sup>TM</sup>, al opositor del aborto un derecho de ayuda necesaria a favor del embrión argumentando «que se trata, después de todo, de una intervención en un bien jurídico ajeno para la cual no existe ninguna autorización»<sup>1301</sup>. En ese caso se ha definido en realidad como causa de exculpación la intervención liberada de pena bajo la terminología extraña del carácter prohibido, pues la legítima defensa sirve para la afirmación del Derecho contra el injusto, es decir, implica la valoración negativa del ataque (en nuestro ejemplo: del aborto).

Del dilema de que no hay una tercera categoría sustancial de liberación de pena entre la justificación y la exculpación, puede uno salirse solamente, en la línea de KALTMANN, considerando también que la defensa frente a un ataque no está ni permitida ni prohibida, sino aceptada, al igual que una eventual resistencia del atacante, sin comentar todas las consecuencias jurí-

<sup>1301</sup> Comp. la crítica de LKNCKMIK que concuerda con lo expuesto en lo esencial, «Der rechtfertigende Notstand», 1965, pp. 15-31; HIJ.SCH, en: L.-H. a Bockeimaiin, 1978, p. 89 y ss.; YAMAXAKA, Kansai University Review of Law and Politics, Mar/o 1984, N- 5, p. 67 y ss.

<sup>13</sup> Últimamente PHUITS, ARSpH 52 (1966), p. 195 y ss., 205. fscij KALTMANN (supra, nota 23), p. 342.

]-is causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena. Pero esto significaría que p. ej., en el caso del aborto, estaría permitido que sus partidarios y enemigos se enfrenten abiertamente en la clínica con graves lesiones para ambas partes o incluso puedan eventualmente matarse unos a otros, sin que esto tenga consecuencias jurídicas. Tolerar un «caos jurídico»<sup>31</sup> de este tipo contradice la tarea ordenadora del Derecho; tampoco puede satisfacer que la solución al conflicto sea simplemente dejada a los puños más fuertes. Renuncio a explicar la problemática del espacio libre de Derecho adicionalmente con el ejemplo de los casos más difíciles, en los cuales la vida humana sólo puede ser salvada a costa de otra vida humana<sup>32</sup>. Con el espacio libre de Derecho se llega aquí también a las mismas aporías que en el aborto.

#### 4. La teoría de las causas de exclusión del injusto penal

El intento más reciente de insertar una tercera categoría de causas de liberación de pena entre la justificación y la exculpación ha sido emprendido por GÜNTHER en su libro extraordinariamente icitante sobre «La antijuricidad penal y la exclusión de injusto penal»<sup>(31)</sup>. Este tutor introduce la categoría de las llamadas causas auténticas de exclusión del injusto penal, destinadas no a excluir la antijuricidad, es decir que no deben provocar una aprobación jurídica, ni tampoco eliminar recién la culpabilidad y la responsabilidad, sino eliminar ya el «injusto merecedor de pena». Para decirlo con las propias palabras de GÜNTHER<sup>(M)</sup>:

«Para la exclusión del injusto penal ya es suficiente que falte el grado de elevación del injusto indiciado por el tipo penal: el contenido de merecimiento de pena. La negación de la

<sup>31</sup> HIR.SCH (supra, nota 28), p. 103.

<sup>32</sup> La cuestión de la justificación no ha sido tratada ejemplarmente por KÍ'EK en su monografía «Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Kollision im Strafrecht», 1979.

<sup>33</sup> GILTHKOR, «Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss», 1983. <M> ídem (supra, nota 33), p. 394 y s.

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

«anujuricidad» significa la renuncia por el Derecho penal a la desaprobación especialmente masiva frente a la realización de un tipo penal, pero ello no significa simple y llanamente renunciar a la desaprobación jurídica de la conducta".

Tales auténticas causas de exclusión del injusto penal serían p. e. la salvaguarda de legítimos intereses (art. 193), la indicación en el aborto (art. 218a), el consentimiento presunto, el Derecho de corrección y las así llamadas situaciones parecidas al estado de necesidad, entre las cuales cuentan determinados casos de colisión de deberes, de estado de necesidad bajo coacción, de la infracción de las fronteras justificantes de la legítima defensa y del estado de necesidad.

La participación en una acción cubierta por una causa auténtica de exclusión del injusto penal sería impune; el error sobre los presupuestos objetivos de tal liberación de pena debería ser tratado como un error de tipo, es decir, excluyendo el dolo<sup>(31)</sup>. En tal medida las causas auténticas de exclusión del injusto penal se equiparan a las causas de justificación. Por el contrario, las conductas que caen bajo una causa auténtica de exclusión del injusto penal pueden suponer un ataque antijurídico en el sentido del art. 32, que habilita a la legítima defensa<sup>6</sup>. Debería probarse de caso en caso si la víctima tiene que soportar o no la lesión amenazante de sus bienes jurídicos. Donde sólo falta el merecimiento de pena de la intervención se otorgará mayormente un derecho de legítima defensa, de manera que la exclusión del injusto penal, en este punto, es tratada como una causa de disculpa.

La concepción tiene cierta similitud con la teoría del espacio libre de Derecho, sobre todo en el campo del estado de necesidad. Pero esta teoría va mucho más allá al clasificar gran parte de las liberaciones de pena, que tradición aliente se entienden como justificación o disculpa, dentro de las causas de exclusión del injusto penal, reduciendo considerablemente con ello la importancia de las categorías tradicionales.

(supra, nota 33), p. 380 y ss.

I las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena lamentablemente no es posible aquí, en este espacio tan reducido, apreciar adecuadamente el voluminoso libro de GÜNTHER, rico en ideas. Tendría que probarse cada causa de exclusión del injusto penal en sí misma para ver si, bajo puntos de vista ideológicos, su tratamiento es preferible a aquél como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Esto lo he intentado en otro lugar para las constelaciones especialmente numerosas y difíciles de la situación parecida al estado de necesidad; debo remitirme a lo allí dicho<sup>(S7)</sup>. El resultado que obtuve es que las soluciones alcanzables con el instrumental dogmático tradicional, que llevan en parte a la justificación, en parte a la exculpación y también en parte a la punibilidad, son más adecuadas que el compromiso uniformizado a que conduce la suposición de causas auténticas de exclusión del injusto penal. Aquí me limito a escoger otro caso, el del derecho de corrección del maestro; quiero tratar de desarrollar con ayuda de este ejemplo, algunas ideas sobre la categoría de las causas auténticas de exclusión del injusto penal.

GÜNTHER opina que un profesor que castiga corporalmente a un alumno menor de 14 años «con motivos fundamentados, moderadamente y siguiendo fines educativos», no debería ser penado por delito de lesiones (arts. 223, 340)<sup>(W)</sup>, aun cuando un castigo esté prohibido por el ordenamiento de la escuela. Si bien la prohibición reglamentaria escolar excluiría la juridicidad general y con ello una aprobación jurídica, no obstante ello estaría orientado por objetivos pedagógicos y no por objetivos de política criminal. Estos últimos no exigirían una punibilidad del maestro, quien por ello se vería apoyado por una causa de exclusión del injusto penal.

Esta es una idea discutible y apreciable por su orientación en los fines del Derecho penal. Sin embargo, me parece dudosa, pues opino que el legislador al colocar los tipos decide sobre si una afección a bienes jurídicos debe ser impedida o no en lo principal por amenazas penales. La cuestión de si las lesiones corporales son o no punibles ya

<sup>(47)</sup> ROXIN, L.-H. a Oehler, 1985, p. 181 y ss.

<sup>(3K)</sup> Sobre esto y lo que sigue, v. supra nota 33, p. 357 y s.

ha sido aclarada afirmativamente mediante los arts. 223, 340 y no sometida a ninguna valoración adicional de política criminal por el juez. Si bien en determinadas situaciones señaladas legalmente hay lesión es justificadas o exculpadas, se destruiría cualquier seguridad jurídica y difícilmente podría armonizarse con el principio de determinación legal, si la jurisprudencia también pudiera afirmar negar, según su propia política criminal, causas de exclusión del injusto penal en caso de ausencia de hechos justificantes o disculparía GÜNTHER opina:

«Tampoco las prohibiciones de castigo del reglamento escolar, aun cuando tengan forma de ley, pueden reemplazar la necesaria manifestación de voluntad político-criminal del legislador penal, dado que aquellas solamente persiguen fines de política escolar y no fines de política criminal.»

Luego, el legislador, si quiere sancionar penalmente las lesiones corporales efectuadas por maestros, tendría entonces no sólo que excluir expresamente cualquier justificación, sino incluso que agregar al tipo penal de los arts. 223, 340 la observación: «Esta disposición rige sin restricciones también para los maestros». No puedo considerar que esto sea correcto, pues los tipos siempre rigen para cualquiera, en tanto no contengan restricciones expresas.

Por cierto que también será un alentado contra el art. 2, segundo y tercer párrafos de la C. A., según los cuales puede intervenir en la integridad corporal «solamente con motivo de una ley», si se crea *praeter legem* tal posibilidad de intervención con ayuda de una causa de exclusión del injusto penal. No me parece convincente el argumento en contra de que aquí no se crea ningún derecho de intervención, sino solamente se niega el merecimiento de pena, porque el legislador constituyente sabía que la integridad corporal es protegida por otra disposición penal y no quería ver eliminada precisamente esta protección penal sin una delegación de poderes por ley expresa.

La problemática de la construcción se muestra también en el derecho de legítima defensa. GÜNTHER pretende conceder un derecho de legítima defensa al alumno, que es moderadamente castigado

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

por el maestro por un motivo justificado, basándose en que solamente estaría excluido un injusto penal aunque no se produzca unajusticia-nún<sup>(W)</sup>. Pero dado que el alumno ha provocado el ataque, su legítima defensa debe ser limitada. Éste sólo debe poder practicar una «defendí de protección», «es decir, escapar al ataque huyendo, pero no oponerse corporalmente». Aparte de que es dudoso que se pueda hablar de provocación culpable en un alumno inculpable, GÜNTHER no dice qué debe suceder cuando el alumno, como sucede mayormente en aulas cerradas, no puede huir. En este caso, el alumno tendría que poder devolver los golpes, según las reglas de la legítima defensa provocada. GÜNTHER incluso pretende aprobar nuevamente una causa de exclusión del injusto penal al alumno que podía huir, pero que a pesar de ello golpea al maestro; esta causa estaría disponible para los casos de infracción de los límites ético-sociales de la legítima defensa<sup>1401</sup>. Pero esto solamente puede significar que en las aulas de clases pueden ocurrir peleas entre maestros y alumnos e incluso cosas peores (hasta llegar al homicidio), sin que el Derecho penal haga frente a esto. No soy capaz de comprender que la razón político-criminal tenga que apoyar estas consecuencias, que trasladan el espacio Ubre de Derecho a lo cotidiano, limitado después de todo a situaciones extremas.

Lo que aquí ha sido mostrado en un ejemplo, rige para otras causas de exclusión del injusto penal, pero sólo limitadamente. Sin embargo, de manera general se podrá decir: donde aquí se crean liberaciones de pena para casos de ausencia de causas de justificación u otros casos que van más allá de sus límites, se está reemplazando la determinación legal de la pena por la determinación del juez o de la doctrina. Y de manera general rige también que se fomenta la traslación violenta de conflictos cuando, por un lado se reduce el umbral de inhibición frente a las relaciones típicas y antijurídicas al crear causas de exclusión del injusto penal, pero, por otro lado, se alienta a que la víctima recurra a la autoayuda ".! otorgarle la legítima defensa y al hacer que el Derecho penal retroceda. No creo que esto sirva

<sup>(3H)</sup> idem (supra, nota 33), p. 384.

<sup>1401</sup> idem (supra, nota 33), p. 384, nota 20.

I- las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena

para la paz social. Por ello, independientemente del respeto que provocan las tendencias limitadoras de la punibilidad, que se encuentran detrás de la concepción de Günther, me parece que no es conveniente agregar una nueva categoría de causas de exclusión del injusto penal entre las causas de justificación y de exculpación. En lo que se refiere a la ubicación de las causas de liberación de pena, que han sido vistas hasta ahora como causas de justificación (como el consentimiento presunto o el aborto por indicaciones legales), estas pueden quedarse indudablemente en la justificación si se es consciente de que la justificación no expresa necesariamente la aprobación, sino solamente la legalidad de una conducta.

## VI, CAUSAS DE EXCULPACIÓN Y DE EXCLUSIÓN DE LA PENA

Para terminar quiero tratar, correspondientemente con mi listado de temas, las demás «causas de exclusión de la pena», entre las cuales deben contarse, junto con las causas personales y objetivas de exclusión de la pena en el sentido estricto de la palabra, también las así llamadas causas de levantamiento de la pena y la falta de condiciones objetivas de punibilidad. Estas causas de exclusión de la pena constituyen un amplio y descuidado campo, cuyo cultivo exacto exige todavía muchas monografías. Me tendré que limitar y renunciar desde el principio a un análisis de numerosas y particulares liberaciones de pena, cuya pertenencia a la categoría de las causas de exclusión de la pena es por lo general ampliamente discutible. Tampoco puedo tratar la difícil cuestión de cómo deben delimitarse las causas jurídico-materiales de exclusión de pena de los presupuestos procesales, pues mi tema sólo atañe a la separación en el campo de las causas de justificación y de exculpación, pero no a la cuestión ulterior de la diferenciación entre el Derecho material y el procesal.

Hasta ahora no ha sido encontrado un criterio de contenido que podría designar lo objetivamente común de todas las causas de exclusión de la pena. Sólo existe consenso en que se trata de liberaciones de

Comp. al respecto Hilde KALTMANN, «Strafanspruch, Straflagerecht», 1968; VOLK, «Prozeßvorsetzungen im Strafrecht», 1978.

252

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

Pena de carácter jurídico-material que están más allá del tipo, la antijuricidad y la culpabilidad. Así p. e. LENCKNER no puede proporcionar ningún criterio unitario, y también Hirsch opina

«A diferencia de los casos de exclusión de la culpabilidad, las causas de exclusión de

la pena no pueden extraerse de principios dogmáticos generales, sino sólo de la ley, ya que la cuestión de en qué medida el ordenamiento jurídico permite excepcionalmente que no se dé la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, atañe a una pura decisión valorativa legal".

Allí donde, no obstante, se buscan puntos de vista unitarios que sirvan de guía para las «demás causas de exclusión de la pena», estos se mueven de manera todavía no esclarecida entre los conceptos de «merecimiento de pena» y «necesidad de pena». Para Schmidhäuser las por él llamadas causas de exclusión del hecho penal se separan de las causas de justificación y de exculpación por el hecho de que presuponen el hecho antijurídico y culpable y deben ser recién entendidas como *negación definitiva del merecimiento de pena del curso de los hechos*. Pero, dado que por lo menos las causas de exculpación se basan en la falta de merecimiento de pena, queda sin respuesta la cuestión de cuál es la diferencia de la negación del merecimiento de pena en uno y otro caso. Por el contrario, Jescheck dice.

«El merecimiento de pena del hecho, en los casos en los cuales entran en consideración tales circunstancias, debe afirmarse de por sí, pero el injusto y la culpabilidad no son aquí lo determinante. Más bien, las especiales excepciones personales tienen por consecuencia que se excluya desde el principio la necesidad de pena para el hecho o se la suprime posteriormente».

LENCKNER. (supra, nota 5), com. previo art. 32, n. marg. 128 y ss.

HIRSCH (supra, nota 10), com. previo art. 32, n. marg. 213.

SCHMIDHÄUSER (supra, nota 14), cap. 9, n. marg. 12.

JKSCHLCK (supra, nota 22), cap. 52,1, p. 446.

253

Las causas de justificación y de culpación y su delimitación \_ de otras causas de exclusión de la pena

Las causas para la exclusión de la necesidad de pena, para JKSCHLCK, son «en parte de naturaleza extrapenal », en parte constituyen "puntos de vista específicamente penales»; entonces, el principio de necesidad de pena tampoco descansa sobre un principio dogmático unitario.

No obstante, me parece que en la anotación de JESCHECK radica un enfoque para la solución del problema. Así, la investigación monográfica que BLOY presentó en 1976 sobre «La importancia dogmática de las causas de exclusión de la pena y de levantamiento de la pena»<sup>(4n)</sup> confirma lo que JESCHECK insinúa y lo que yo también ya haba expuesto alguna vez hace más de 15 años<sup>(4)</sup>: cuando de entre d variopinto (por falta de claridad teórica) cúmulo de liberaciones de pena, designadas como causas de exclusión de la pena, se descarta a aquellas que tienen que ser interpretadas como restricciones del upo. causas de justificación u obstáculos procesales, queda un núcleo remanente de dos distintos grupos de casos, objetivamente distintos, en k» cuales se realiza el injusto culpable, pero a los cuales, por otras razones, se les niega la punibilidad.

Al primer grupo pertenecen casos como los de los arts. 173, tercer párrafo, 258, sexto párrafo, y también p. e. el desistimiento voluntario de la tentativa. Según el art. 173, tercer párrafo, no se pena d incesto entre descendientes y entre hermanos cuando el autor al momento del hecho todavía no tenía 18 años de edad; el art. 258, sexto párrafo, permite la impunidad del encubrimiento Strafreitelung a favor de parientes; también el desistimiento voluntario de la tentativa libera, como se sabe, de pena. Los casos se asemejan en que presuponen una conducta injusta que el autor de por sí hubiera podido y debido impedir. Pero el legislador renuncia a la pena, porque le parece que ésta es preventivamente inadecuada o innecesaria. La punición de menores por incesto ocasionaría mucho más daño que ventajas desde la perspectiva preventivo-especial. El encubrimiento.

Bl.ov, «Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und

Strafaufhebungsgründe», 1976.

Roxix (supia, nota 6), p. 33.

254

(Strafvereitelung) a favor de un pariente es un caso que se acerca al estado de necesidad exculpante del art. 35 y en el que la liberación de pena se basa en que se quiere ahorrar al autor el conflicto de lealtad y de conciencia que traería consigo la obligación de dejar a su suerte a sus parientes. La tentativa es impune en caso de desistimiento voluntario, pues el autor ha regresado a la legalidad por su propia voluntad y sin haber lesionado ningún bien jurídico; y por eso no existe ningún motivo suficiente para la sanción desde la perspectiva preventivo-especial o preventivo-general. Entonces, son ponderaciones sobre los fines de la pena los que conducen a la impunidad en estos casos.

Por el contrario, en el segundo grupo la liberación de pena no se basa en reflexiones de política criminal, sino en ponderaciones extrapenales de intereses. Cuando p. e. los Parlamentarios gozan de inmunidad parlamentaria, según el art. 36, de modo que no pueden ser penados por injurias ni difamación bajo los presupuestos allí nombrados, esto no puede justificarse penalmente de ninguna manera, sino es un tratamiento desigual; los Parlamentarios no dan ningún ejemplo a la población cuando se insultan en el Parlamento en una forma que cualquier otra persona tendría que contar con una pena. La liberación de pena tiene un motivo exclusivamente de Derecho público: la libertad de expresión de los Parlamentarios y la funcionabilidad de los órganos legislativos no deben ser afectadas por la inundación de procesos por injurias que, en caso contrario, serían forzadas por motivos políticos. Los intereses penales se subordinan a este objetivo de Derecho público. También se trata de una ponderación extrapenal de intereses cuando el art. 104a hace depender la punición de delitos contra Estados extranjeros de la existencia de relaciones diplomáticas y de la garantía de reciprocidad. Son motivos de política exterior los que llevan a que aquí una conducta punible de por sí quede eventualmente impune. Igualmente también motivos de política familiar (como en el antiguo hurto entre esposos, art. 247, segundo párrafo en su antigua versión; u otros puntos de vista derivados de intereses superiores de otros ámbitos del Derecho, pueden llevar a la liberación de pena.

Mi tesis que resulta sin problemas de lo anteriormente expuesto, es la siguiente: sólo los casos del segundo grupo deben ser reconocidos

como causas de exclusión de la pena y condiciones objetivas de punibilidad. Por el contrario, los ejemplos del primer grupo son casos de exclusión de responsabilidad o, expresado de manera menos exacta: causas de exculpación. Pues situaciones como las de los arts. 173, tercer párrafo, 258, sexto párrafo o del desistimiento voluntario de la tentativa se asemejan al estado de necesidad del art. 35 o al exceso de legítima defensa (art. 33) en que, pese a una cierta culpabilidad, se renuncia a una sanción porque consideraciones sobre los fines de la pena de tipo diferente en cada caso la hacen aparecer innecesaria. No hay ningún motivo para remitir a otra categoría del delito hecho\* que se asemejan en el punto decisivo a las exculpaciones reconocidas desde hace tiempo. También las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que en las demás causas de exclusión de la responsabilidad, es decir la participación de los extraños sigue siendo punible los casos de error deben ser tratados empleando analógicamente el art. 35, segundo párrafo. Entonces, quien cree erróneamente que la persona cuya sanción penal está frustrando es un pariente, recibe una atenuación de pena e incluso es impune en caso de que el error sea invencible.

Luego, quedan como causas de exclusión de la pena y como condiciones objetivas de punibilidad solamente aquellos casos en los cuales la liberación de pena depende de ponderaciones de intereses de tipo extrapenal. La reducción de estos casos a un grupo especial de liberaciones de pena, ubicado independientemente junto a las causas de justificación y de exculpación, se legitima también debido a que tienen que ser vinculados a efectos jurídicos totalmente distintos. El error tiene que ser aquí totalmente irrelevante, pues no concierne a ningún punto de vista jurídicamente relevante. El Parlamentario que injuria gravemente a otros porque cree erróneamente encontrarse en una Comisión parlamentaria, es tan responsable-penalmente como aquél que comete delitos contra Estados extranjeros suponiendo sin razón que no podría ser penado por ellos debido a la falta de relaciones diplomáticas. Tales especulaciones no merecen ninguna protección.

Por el contrario, no es punible así como así la participación o una conducta que es impune debido a una causa de exclusión de ti

Pena o a la falta de una condición objetiva de la punibilidad, a diferencia de lo que pasa en las causas de exculpación y en contra de la opinión totalmente dominante. Más bien, esta conducta es impune en la medida en que también valen para el partícipe las ponderaciones de intereses extrapenales, que llevan a la liberación de pena del autor. Así es por regla general: con justicia indica Jakobs que tampoco debería ser penado el asesor del Parlamentario, autor del discurso injurioso que este último da en el Parlamento, pues con ello se vería afectada de manera mediata la libertad de expresión del propio Parlamentario, el cual no puede hablar sin su asesor. Por ello, JAKOBS busca construir la inmunidad como causa de exclusión del tipo. Pero con ello se desconoce que un atentado al honor sigue siendo un atentado al honor, donde sea que se produzca, y que no es en nada correcta la suposición de que en una causa de exclusión de la pena la participación sería siempre punible, lo cual sólo se debe a que se entremezcla erróneamente estas liberaciones de pena con casos de exculpación. Así, p. e. también debe ser punible quien participa sólo como instigador o cómplice en un hecho punible contra un Estado extranjero, con el cual no existen relaciones diplomáticas o no se garantiza la reciprocidad.

SÍ se limitan, como consiguientemente aparece apropiado, las causas de exclusión de la pena a casos de ponderación de intereses extrapenales, se muestra que esta categoría del delito no puede ser comprendida con los conceptos de «merecimiento de pena» y «necesidad de pena»- Ambos conceptos tienen su lugar en la teoría de la responsabilidad: es razonable decir que sólo la conducta culpable es *merecedora, de pena y que esta conducta merecedora de pena necesita una pena* al añadirse necesidades preventivas de punición. De esta manera, caen dentro del grupo de falta de necesidad de pena los casos de liberación de pena motivados por política criminal que, si bien son estos por muchos como causas de exclusión de la pena, yo los he ordenado dentro de la exclusión de responsabilidad.

JAKOBS (supra, nota 14), cap. 10, n. marg. 16.  
Comp. al respecto BLOY (supra, nota 4fi), p. 242 y ss.

Las causas de exclusión de la pena, tal como aquí se expone, están más bien creadas de tal manera que el merecimiento de pena y la necesidad de pena deben ser afirmados, sacrificando, sin embargo la necesidad de pena exigida en aras de intereses extrapenales.

## VII. RESUMEN

Mis resultados finales son que sí bien la diferenciación entre causas de justificación, de exculpación y otras causas de exclusión de la pena está expuesta a diversas objeciones, es siempre fructífera después de algunas aclaraciones. Ella debería ser mantenida y no difuminada a través de equiparaciones simplificantes y nuevas formas intermedias.

Una conducta está justificada cuando la colisión de dos bienes jurídicos se soluciona de manera legal, permitiendo la intervención. Una conducta es disculpada cuando la intervención en un bien jurídico ajeno no es legal, sino prohibida, pero pese a ello el legislador no hace responsable al autor porque o bien falta la culpabilidad o bien falta una necesidad preventiva de punición. Finalmente, una causa de exclusión de la pena interviene cuando una conducta no está ni justificada ni disculpada, pero se oponen a una punición razones de orden extrapenal. He tratado de mostrar con algunos ejemplos que esta diferenciación debe conducir también a resultados jurídicos diferentemente fundamentados en lo teleológico.



# Acercas del consentimiento en el derecho penal\*

(\*)N. d. T. Título original en alemán: «Uber die Einwilligung im freclit», publicado en «Estudos ern Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo uña-, tomo III, Coimbra, 1984, p. 396-434.

## 1.- SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

La opinión actualmente dominante en la República Federal Alemana distingue, siguiendo a GEERDS, entre acuerdo (Einverständnis) y consentimiento (Einwilligung) Según esta doctrina, el acuerdo tiene el efecto excluyente del tipo. Esto entra en consideración en aquellos tipos en los cuales la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado (invito laeso). Aquí pertenecen, sobre todo, los delitos de coacción: cuando alguien está de acuerdo con la exigencia de otro no se da una coacción justificada, sino no hay coacción (art. 240)<sup>(3)</sup>; cuando una mujer consiente en el acto sexual, la conducta del hombre no puede ser típica de una violación (art. 177), etc. Pero la ley provee también otros numerosos ejemplos: cuando la entrada de un visitante es bienvenida por el titular de la casa, ya no existe el «irrumper» (Eindringen) que presupone el tipo de violación de domicilio {art. 123}; cuando

"\* «Einwilligung und Einverständnis des Vertetzten», tesis doctoral, Kiel, 1953; "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», GA 1954, 3. 262 y ss.

Comp. p. ej. BLEI, «Strafrecht, ATX 18" ed-, cap. 37 I; BOCKELMAXX, -Soafrecht, AT», 3ª ed., cap. 15, C, I; GKPPERT, ZW83, 1971, p. 968; JESCHECK, «Krafrecht, AT», 3ª ed., cap. 34; SAMSOX en SK(4~ed.), n. marg. 36 yss., com. previo arr. 32; además los autores mencionados en la nota 4. También la jurisprudencia admite parcialmente un acuerdo excluyente del tipo (así BGHSt 23, 3 para el art. 56), parcialmente un consentimiento justificante (BGHSt 17, 360 para el art. 223. BGHSt 23, 3 y 4 para el art. 185).

Los artículos sin mención de ninguna ley provienen del C. P. alemán.

Alguien asiente que otro se lleve una cosa de su esfera de dominio existe una «sustracción» en el sentido del art. 242, porque no dada la necesaria «ruptura» de la custodia ajena; quien rapta. Mujer de acuerdo con la voluntad de ésta o quien usa un auto, contando con el permiso del propietario, no puede completar i pos de los arte. 237, 248b, porque estos tipos exigen un actuaren contra de la voluntad del afectado. Todos estos casos tienen en común que el acuerdo excluye desde el principio la lesión del bien jurídico protegido; la libertad de ejercer la voluntad, el derecho de custodia, etc., no son lesionados cuando el afectado está de acuerdo con la acción del autor.

Por el contrario, el consentimiento en sentido estricto, cuando es dado por el portador del correspondiente bien jurídico, sol te debe tener efecto justificante, pero no excluir la realización' tipo. Los ejemplos principales provienen de los tipos de daños y lesiones Cuando el propietario permite a otro dañar sus cosas o destruirlas, el consentimiento, según la doctrina dominante, no cambia para nada el hecho de que la cosa y una propiedad ajena han lesionadas de manera típica. Según esta opinión, el consentirme solamente excluye la antijuricidad, lo cual es fundamentado mayor : mente con que en el consentimiento radicaría una renuncia a la protección del Derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de autodeterminación, sea por derecho consuetudinario o con base en la libertad constitucional de acción (art. 2 C.A.)<sup>4)</sup>. Otros autores dicen que la justificación se debe que el desvalor de la lesión del bien jurídico sería ponderado una libertad de disposición del particular, teniendo el efecto de que

<sup>4)</sup> B[CHL\feIER, 2; 1980, p. 53 y ss.; DREHLR/TRÓ\DI.E, StGB, 42ª ed., n. 3h, com- previo art. 32; GEKRD, CA 1954, p. 263; el mismo autor, Z.W72, 42; HIRSCH en LK(IQ- ed.), n. marg. 104, com. previo are 32(con modificaciór LACKNER, «StGB», }Q<sup>8</sup> ed., 5 com. previo art. 32; LENCK.MLÜ en Schönkc/Schrótiéc. uStGB», 22ª ed., n. marg. 33, com. previo art. 32; WKLZEL, «Das Deutsche Strafre U- ed., 1969, p. 95; WKSSEL.S, «Strafrecht, AT», 16ª ed., cap. 9,1, 2; en este sent también BGHSt 17, 360.

Ante un mayor valor de la libertad de disposición, el consentimiento sería efectivo

De la diferenciación entre acuerdo y consentimiento se deducen seis diferencias esenciales para el tratamiento práctico de los casos que se presenten; estas diferencias se deberán derivar en parte de la contraposición entre la naturaleza más bien «táctica» del acuerdo en relación con el carácter «jurídico» del consentimiento (1.4), en parte de la clasificación sistemática divergente de ambas figuras.

1. En el acuerdo debe importar únicamente la voluntad interna de quien está de acuerdo, aun cuando esta voluntad no se haya manifestado hacia afuera; en el consentimiento, por el contrario, por lo menos se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones. En el «caso del ladrón», en el cual el propietario está internamente de acuerdo con la sustracción de sus cosas para después poder probar la culpabilidad del ladrón y hacerlo arrestar, sólo habría una tentativa inidónea de hurto por ausencia del quebrantamiento de la custodia Por el contrario, debe admitirse un delito consumado de daños cuando el propietario consiente, de una manera no reconocible hacia fuera, que el otro destruya sus cosas porque él calcula la posibilidad de obtener algo nuevo y mejor gracias al seguro. Sobre nuestro punto de vista comp. IV.

2. El acuerdo debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad «natural» de la víctima, aun cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico. En el con-

<sup>5)</sup> Así primeramente NOLI., «Übergeseuliche Rechtfertigungsgrunde, im besonderen die Einwilligung des Verleimen», 1955, p. 74 y ss.; e! mismo autor, ZSili'77, 1965, p. 15; siguiéndolo, ESER, «Strafrecht I», 3ª ed., caso 8, n. marg. 7a; GumiRT, ZSIW83, 1971, p. 952 y ss.; JESCHECK, «Lehrbuch», 3ª ed., cap. 34, U, 3; también hay indicios en HIRSCH, en LK(IQ- ed.), n. marg. 104, com. previo art. 32.

<sup>6)</sup> GEERDS, GA 1954, p. 266; KIRSCH en LfñT(10ª ed.), n. marg. 102, 109, com previo art. 32; WR-SSELS, «Strafrecht, AT» (16ª ed.), cap. 9,1, 1.

<? BayOLG, NJWI979, p. 729; por sus resultados también BGHSt 4, 199 y s., pero allí la falta de quebrantamiento de la custodia no se deduce del acuerdo, sino de que el «hurtado» conserva la posibilidad de coger la cosa y con ello la custodia.

Sentimiento, por el contrario, se hace como presupuesto de su eficacia que el afectado «poseía la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y contra. Entonces, cuando el autor motiva a un niño para que comprenda, a «regalarle» su monedero, no se presenta hurto por falta de quebrantamiento de la custodia (pero sí una apropiación ilícita o una estafa). Si alguien secuestra a una enferma: tal bajo la voluntad natural de ésta, el tipo del art. 237 (secuestro contra la voluntad de la secuestrada) no se ha completado, mientras la injuria que efectivamente se presenta es tenida por punible, que en tal medida el consentimiento de la víctima no debe justificarse debido a la falta de capacidad de comprensión de la víctima (BGHS 23, 3ys.)- Igualmente se considera también que el consentimiento a una lesión (durante una riña) ya no es efectivo cuando el que contestaba «bebido» (BGHSt 4, 90).

3. La falta de voluntad (error, engaño y coerción) deben ser irrelevantes en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz<sup>(9)</sup>. Cuando p. cj. Alguien motiva al propietario a permitir el ingreso a su departamento mediante astutas maniobras de engaño, no constituye una violación de domicilio (art. 123). Tampoco una coacción mediante el autor deberá hacer ineficaz un acuerdo (en la medida en que.» caso del art. 177, no se trate precisamente de la amenaza que es requisito para completar el tipo). En el consentimiento, por el contrario, se considera que la carencia de voluntad es relevante. En esto se basa sobre todo la amplia jurisprudencia acerca de la obligación médica de aclarar previamente [ärztliche Aufklärungspflicht] en caso de intervenciones curativas. La intervención médica es juzgada por la jurisprudencia como una lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente. Pero el consentimiento, según jurisprudencia

<sup>9> BGHSt 4, 90, siguiendo a RGSt 77, 20; BGHSc 5, 362; 8, 357 y §.; 12, 3S3c 23, 4; BGH, NJW 1978, 1206; GEERDS, GA 1954, p. 263, 265. Esta es la doctrina plenaria mayoritaria.

<sup>9> GEERDS, GA 1954, p. 268 y s.; BOCKELMANX, «Strafrecht, AT», 3ª ed., cap. 15. C, 1, b, bb; 2, b, bb; WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht», 11ª ed., 1969, p. 95; Wt.ss -Strafrecht, AT», §6ª, cap. 9,1, 1; 2, d.

Continuada, sólo es efectivo cuando se da libre de errores a consecuencia de una explicación médica; si ello falta, el médico será penado por lesiones corporales. Algo similar ocurre con la coerción: p. cj. quien consigne el consentimiento para daños en la propiedad mediante la amenaza de una denuncia penal, será siempre punible según el art. 303.

4. El art. 226a establece para las lesiones, en las cuales, según la doctrina dominante, el consentimiento tiene como mucho una fuerza justificante, que el hecho es antijurídico pese al consentimiento, cuando «atenta contra las buenas costumbres». Si se ve en ello -lo cual, sin embargo, sólo hace una parte de la doctrina dominante una idea jurídica general, esto en todo caso sólo debe regir para los casos de consentimiento, pero no para el acuerdo. Cuando alguien permite la entrada de otro a su departamento con fines delictivos, esta entrada podrá ser llamada contraria a las buenas costumbres, pero no es una violación de domicilio (art. 123). También en las acciones sexuales según los arts. 177, 178, el acuerdo interno de la víctima a menudo no excluye el atentado del hecho contra las buenas costumbres, pero seguramente sí la realización del tipo. Sobre nuestra propia opinión al respecto comp. III.

5. Finalmente se puede deducir de la distinta clasificación sistemática entre acuerdo y consentimiento, soluciones divergentes para el caso de que no sea conocida por el autor una aprobación realmente existente del portador del bien jurídico. En los casos de acuerdo entra aquí en consideración solamente una tentativa, porque el tipo objetivo no ha sido completado; el dolo delictivo del autor se dirige, entonces, contra un objeto inidóneo. Por el contrario, cuando el autor, en delitos de daños o lesiones, no sabe nada acerca del consentimiento de la víctima, se puede llegar a admitir un hecho punible consumado porque desde este punto de vista se ha dado un resultado y también un dolo delictivo del autor dirigido a la producción de este resultado

GEERDS, GA 1954, p. 268; BAUVIANN/WEBER, «Strafrecht, AT», 9ª ed., cap. II, 4, c; H. MAVER, «Strafrecht, AT», 1953, p. 167; WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht», 11ª ed., 1969, p. 97.

Si bien la mayoría de los autores que considera el consentimiento como causa de justificación quiere emplear las reglas de la tentativa de manera correspondiente<sup>121</sup> y llega así al mismo resultado que cuando hay desconocimiento del acuerdo, sin embargo, esto exige una construcción adicional que no es necesaria en caso de acuerdo.

6. Algo parecido ocurre en la suposición errónea de una aprobación no existente. Cuando esta atañe al acuerdo, excluye sin más el dolo: quien cree tener el permiso del propietario o custodio de la casa, no tiene el dolo de «irrumper» (art. 123) o «sustraer» (art. 242). Quien, por el contrario, en las lesiones o los daños (arts. 223, 303) supone erróneamente un consentimiento de la víctima, se equivoca, según la doctrina dominante, sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En Alemania constituye un problema muy discutido que no puede ser tratado aquí, sobre si este error no regulado expresamente en la ley excluye el dolo o la pena por dolo empleando directa o analógicamente el art. 16 [error de tipo], o simplemente fundamenta un error de prohibición que, en caso de su evitabilidad, deja subsistente la pena por dolo de conformidad con el art. 17. En todo caso, este problema sólo se presenta en el consentimiento entendido aquí como causa de justificación y no en el acuerdo.

En la más reciente discusión, esta concepción tan clara y «tajante» en sus diferenciaciones sistemática y objetiva se ha visto expuesta al fuego cruzado de la crítica desde dos lados. Una opinión que está ganando terreno niega la diferencia sistemática entre el acuerdo y el consentimiento, y concede efecto excluyente de la tipicidad a cada aprobación efectiva del portador del bien jurídico. Si se acepta esto,

<sup>111</sup> En este sentido también GEEKDS, *GA* 1954, p. 267; BLIKI, «Strafrecht, AT-», 18<sup>a</sup> ed., cap. 37, II, 2; DREHER/TRÓXIJU-, «StGB», 42<sup>a</sup> ed., art. 16, n. marg. 28; WKIZEL, «Das Deutsche Strafrecht», 11<sup>a</sup> ed., 1969, p. 97.

"-1 Conip. solamente ajESCHECK, «Lehrbuch», 3<sup>a</sup> ed., cap. 34, V, c. más ref.; también parte de la aplicabilidad del marco penal de la tentativa el art. 38, N<sup>o</sup> 4 del C. P. portugués.

<sup>(15)</sup> En este sentido, sobre todo, las monografías de ZIPF, «Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht», 1970, y de KIKNT/V, «Der Mangel am Tatbesiand infolge Eimvilligung des Rechtsgutsträgers», 1970. Además, p. ej.: ESER, «Strafrecht

Desaparecen primeramente las diferencias prácticas entre acuerdo y consentimiento que se basaban en premisas sistemáticas divergentes (supra 5 y 6). Si bien las diferenciaciones restantes (1-4) no son excluidas por la aceptación de un efecto excluyente de la tipicidad, si son relativizadas, pues es difícil de comprender por qué una aprobación excluyente del tipo en igual medida deba estar vinculada en su eficacia a presupuestos contrapuestos. La segunda posición de la reciente crítica duda también, desde el principio, de la división dualista estricta en los presupuestos de eficacia (1-4). Si bien esta crítica mantiene la diferenciación entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como las consecuencias sistemáticas que se derivan inmediatamente de ello (5-6), no obstante, opina que por lo menos para el acuerdo no puede decirse nada con carácter general sobre sus presupuestos de eficacia, sino que esto tendría que ser diferentemente juzgado según la estructura especial del tipo correspondiente. En parte se renuncia a la formulación de criterios de validez general para si consentimiento: «el acuerdo simplemente fáctico no es siempre suficiente para un consentimiento 'excluyente del dolo'...así como tampoco, en un consentimiento justificante' tienen siempre que cumplirse las exigencias estrictas que han desarrollado la jurisprudencia y

I- caso 8, n. marg. 2; HOK\_ \ en SK, 3<sup>a</sup> ed., art. 226a, n. marg. 2; Armin KAITMAXN, L.-H. a Welzel, p. 397, nota 9; K.Ln\l., JZ 1979, p. 241 y ss.; MAI/RACH/ZII-F, «Strafrecht, AT-», cap. 17 III, B; RUXIN, «Kriminalpolitik utid Strafrechtssystem», 1970, 1973 (2<sup>e</sup> d-), p. 25, nota 57; el mismo autor, ZS'ii'84, 1972, p. 1001 y s.; el mismo aulor, SH"85,1973, p. 100 y s.; el mismo autor, L.-H. a Welzel, p. 449; RLIHM.PHI, ZSÍW'86, 1974, p. 87 y s.; SAX,/Z 1076, p. 9; SCIHUIHHÁUSER, «Strafrecht, AT», 2<sup>1</sup> ed., cap. 8, n. marg. 123 y ss.; el mismo autor, «Studienbuch, AT», 2<sup>a</sup> ed., cap. 5, n. marg. 106 y ss. Antes también KIRSCH, ZSfH"74, 1962, p. 104. De manera oscilante, STRATEMYEKTH, -Strafrecht, AT», 3<sup>1</sup> ed., n. marg. 365 y ss.

<<sup>14</sup> Así, sobre todo, JESCHKCK, «Strafrecht, AT», cap. 34, 1, 2, a; LEXCKXER en ichónke/Schröder, «StGB», 22<sup>a</sup> ed., n. marg. 32, com, previo art. 32; HIKSCH en /A. 10<sup>s</sup> ed., n. marg. 100, com. previo art. 32.

<sup>(15)</sup> STRATEWEKTH, «Strafrecht, AT», n. marg. 369. AKZT deja abierta la cuestan y renuncia a la diferenciación entre acuerdo y consentimiento en ei tratamiento de la falta de voluntad; ver, «Willensmängel bei der Einwilligung», 1970. tmbién están en contra de un tratamiento diferenciado del consentimiento y el acuerdo BACMANN/WEBER, «Scrafrecht, AT», 9<sup>a</sup> ed., cap. 21 II, 4, 3, nota 139.

la doctrina». Todos estos ataques a la división dual estricta de la doctrina tradicional están justificados en lo esencial. Esto deberá ser desarrollado a continuación tratando paso por paso los distintos campos problemáticos.

## II. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO

1. El motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo. Si los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular, no puede existir una lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no afecta su libre desarrollo, sino por el contrario constituye su expresión. Así, p. ej. la propiedad no es un producto ideal de tipo cuasi cosificado cuya lesión (art. 303) podría ser justificada mediante el consentimiento. Más bien, en el caso de la propiedad de bienes, es sólo una designación genérica para la potestad que tiene el portador del bien jurídico de servirse de la cosa que le pertenece en la medida del libre desarrollo de su personalidad, pudiendo "proceder...a su arbitrio» con ella (art. 903 C. C.). Cuando el propietario, decidiendo libremente consiente en el daño o la destrucción de su cosa o incluso así lo pide, no hay en ello una lesión a su posición de propietario, sino una cooperación en su libre y responsable ejercicio.

La opinión contraria confunde el objeto del hecho [Tatobjekt] y el bien jurídico: si bien se ha dado un daño a la cosa concreta (al objeto del hecho), no obstante, este daño no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio. Lo mismo rige para las lesiones corporales

<sup>(16)</sup>> Cuando el art. 38, N- 1 del C. P. portugués dice que el consentimiento excluiría la antijuricidad, según mi opinión, esto no se opone al parecer aquí defendido, según el cual el consentimiento excluye ya la tipicidad. Pues el legislador no ha decidido sobre la cuestión sistemática, sino sólo ha querido expresar bajo cuáles presupuestos una conducta es legal en caso de consentimiento del portador del bien jurídico. Cuando, tal como yo postulo, ya está excluido el tipo, con más razón lo está la antijuricidad, de manera que también la admisión de una exclusión del tipo todavía es compatible con el tenor del C. P. portugués.

(art. 223). Ciertamente, aquí hay límites para la potestad individual de disposición (art. 226a); cuando se sobrepasa estos límites, el consentimiento no tiene fuerza excluyente del tipo ni justificante. Pero donde el consentimiento tiene efectos ilimitados, la personalidad se desarrolla también en el tratamiento que éste atribuye a su cuerpo. El peluquero, el pedicuro y también el cirujano plástico no afectan la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino le ayudan a auto expresarse corporalmente. Si bien emprenden una intervención en la sustancia del objeto del hecho (del cuerpo real) protegido en el art. 223, no afectan la integridad de la esfera corporal ajena y con ello tampoco el bien jurídico cuya lesión presupone el tipo

Con ello, el efecto excluyente del tipo de consentimiento no resulta recién del derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción que se apoya en él (por más que ambos deban afirmarse), sino de forma inmediata de la libertad de acción garantizada constitucionalmente en el art. 2, primer párrafo de la C. A., cuya práctica a través de quien consiente hace imposible la lesión simultánea de un bien jurídico que le corresponda, y con ello también hace imposible que se complete un tipo penal<sup>(18)</sup>. Los partidarios de la concepción de la justificación objetan que los bienes jurídicos «ya no (serían) el cuerpo, la libertad de movimiento, etc...., sino la voluntad de preservar estos valores», mientras correctamente «el cuerpo, la libertad de movimiento, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del particular» ya estarían gozando «sólo para sí» la protección del ordenamiento jurídico Pero con ello se separa lo inseparable. La propiedad sólo

Comp. también SCHMIDHAL'SER, «Strafrecht, AT», 2- ed., cap. 8, n. marg. 123 y ss.

<sup>1181</sup> Comp. al respecto también MACKACH/ZLPP, "Strafrecht, AT», 16- ed., cap. 17, III, B, 2. También A.W.LL xc, juzga el consentimiento como «parte esencial de la libertad general de acción...la cual, según la jurisprudencia del BVerfG, está garantizada por el art. 2, primer párrafo de la Constitución alemana»; pero de ello no deduce ninguna exclusión del tipo. Ver «Die Einwilligung in die Beamtichtigung eines Grundrechtsgutes», 1981, p. 29.

<sup>(15)</sup> Hntsch en LK, 10ª ed., n. marg. 98, com. previo art. 32; plenamente de manera correspondiente, JESCHKCK, «Lehrbuch», 3- ed., cap. 34, i, 3; similar, AMEI LNG, «Die Einwilligung...», p. 26 y s.

Puede ser ejercida a través de la voluntad del propietario; sin relación con ésta es sólo una representación sin sentido. La libertad de movimiento presupone la voluntad (por lo menos latente) de quien *se quiere* desplazar; e incluso el cuerpo es objeto de protección no como una acumulación de carne y huesos, sino solamente vinculado con el espíritu que vive en él y que lo domina. Esto es formulado certeramente por RUDOLPHI<sup>20)</sup>: «El bien jurídico y la potestad de disposición sobre el bien jurídico no solamente representan una unidad, sino el objeto de disposición y la potestad de disposición son el mismo bien jurídico protegido en el tipo en su carácter de relación entre ellos». La lesión del bien jurídico no se agota, entonces, en el actuar contra la voluntad del portador del bien jurídico, sin embargo, ésta es uno de sus presupuestos. Con justicia dice STRATEWERTH<sup>21)</sup> que la voluntad del afectado sería «no solamente significativa para la protección del Derecho», sino pertenecería «también al objeto protegido».

LENCKNER rompe con esta unidad natural de la voluntad y de su objeto de referencia cuando dice: «el art. 303 [delito de daños] da seguridad al propietario no en el ejercicio de sus potestades provenientes del art. 903 del C. C., sino asegura la existencia no disminuida de la cosa concreta como presupuesto necesario para estas potestades». Pero la propiedad consiste precisamente en las «potestades del art. 903 C.C.» y no en la «existencia de la cosa concreta» (¡tampoco representada independientemente como voluntad del propietario!), sino la propiedad es el bien jurídico protegido. LENCKNER emplea además el argumento de la punibilidad independiente de la coacción en contra de la suposición de que no solamente formarían parte de la lesión del bien jurídico el daño a una cosa ajena, sino también el actuar en contra de la voluntad del portador del bien jurídico. Quien obliga al propietario «a destruir su bien, es punible por daños y coacción, no -como se tendría que admitir consecuentemente en caso contrario

ZStWSG, 1974, p. 87. <-> ZStW68, 1956, p. 43.

LENCKNER en Schönke/Schröder, «StGB», 22- ed., com. previo 32, n. marg. 34.

Solamente según el art. 303». Sin embargo, esto se basa en que si bien un daño sin consentimiento del propietario es una afección de la voluntad, todavía no es por lo general una coacción en el sentido de la ley (art. 240), de manera que su presencia tiene que expresarse independientemente. Allí donde la coacción, como en las lesiones corporales, está vinculada de manera típica a la realización del tipo, según la opinión unánime ella se consume; esto solamente es posible bajo el presupuesto que el art. 223 proteja paralelamente la afección de la voluntad<sup>231)</sup>.

AMELUNG<sup>24)</sup> pretende refutar la tesis de que la libertad de disposición del portador del bien jurídico sería parte esencial del bien jurídico mismo, mencionando a personas a quienes les falta la facultad de disposición, como p. ej. en los «niños pequeños», y los cuales, no obstante, no gozan menos protección a través de los tipos penales pertinentes que las personas responsables. Pero, dado que en tales casos el tutor ejerce una representación en cuanto a la voluntad, es decir p. ej. el consentimiento de los padres rige como si fuera el del niño dentro de los límites jurídicamente trazados, no falta de ninguna manera una afección de la voluntad imputable al portador del bien jurídico; tal construcción no es «extremadamente artificial» como opina AMELUNG, sino que corresponde a las necesidades jurídicas y prácticas. Y cuando, excepcionalmente y en un momento determinado, no existe un tutor AMELUNG «El autor mata a los padres y abusa después del niño de cuatro años de edad», no obstante, sólo puede estar suspendido temporalmente el ejercicio de la potestad de disposición, pero no puede discutirse su lesión sustancial. Esta lesión solamente se excluye en caso de un consentimiento efectivo, el cual falta aquí. Lo correspondiente regiría también en la lesión de enfermos mentales, personas en estado de inconsciencia, etc. Aun cuando la potestad de disposición sobre la propiedad es ejercida temporalmente por otro (el albacea testamentario, el síndico de quiebras), esto no cambia el que esta potestad es lesionada en los delitos según los arts. 242, 303; igualmente falta una

Comp. STRATEWERTH, ZStW, lomo 68, 1956, p. 43.

«Die Einwilligung...», p. 26 y s., con observaciones, p. 31.

Lesión a la propiedad cuando el que tiene facultad de disposición da su aprobación con efectos jurídicos.

2. Si se traduce estas consideraciones fundamentales sobre la libertad constitucional de acción, la función del Derecho penal y la teoría de bienes jurídicos en categorías dogmáticas, resulta que, en un consentimiento efectivo, desaparece el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito. Esto es indiscutible cuando la acción ejecutada con el consentimiento y mayormente por deseo del portador del bien jurídico es útil para éste « incluso es por lo demás socialmente usual bajo cualquier aspecto. Quien tala un árbol por encargo del propietario o arroja material inflamable en el horno, quien aplica una inyección al paciente para prevenir infecciones o le corta la barba a un cliente, no realiza un resultado típico justificado por el consentimiento, sino falta, desde el principio, cualquier desvalor del resultado. Pero cuando la voluntad del actor no es dirigida a la ejecución de un desvalor del resultado, también se carea de un desvalor de la intención. Es claro que una conducta totalmente neutral al Derecho y adecuada socialmente no realiza el tipo del delito y por ello no puede ser típica. Cuando JESCHECK opina que cada suceso sería "pese al consentimiento...penalmente significativo y no indiferente desde el principio», esto en todo caso no es cierto para aquellas acciones que son provechosas y deseadas por éste. Más bien en ellas se trata de procesos plenamente normales de la vida cotidiana sin importancia indiciadora del injusto; tales casos constituyen la mayoría en el consentimiento<sup>171</sup> porque el portador del bien jurídico, al prestar su consentimiento, se deja guiar mayormente por su beneficio.

Este punto de vista también es enfatizado por ZIPF de manera especial: comp. MAL-RACH/ZIT, «Strafrecht, AT», 6- ed., cap. 17 III, B, 1.

«Lehrbuch», 3- ed., cap. 34, I, 3. Este mismo autor opina más tarde al respecto, con una cierta contradicción (cap. 34 V), que el desvalor del resultado sería «levantado» mediante el consentimiento; sin embargo éste no es «levantado» posteriormente, sino ni siquiera llega a aparecer debido a la aprobación previa.

<sup>171</sup> Es de otra opinión STRATENWERTH, «Strafrecht, AT», 3ª ed., n. marg. 367, según el cual las intervenciones que «atañen a un substrato material, por regla general, resultan ser desventajosas para el afectado».

Sin embargo, hay constelaciones en las cuales se podría contemplar que un daño o una intervención corporal, pese al consentimiento, irían en contra del verdadero bienestar del portador del bien jurídico. En estos casos, se podría por lo menos considerar un desvalor del resultado y afirmar con él el tipo delictivo, de manera que el consentimiento tendría efectos excluyentes del tipo o justificantes según la concreta situación. Naturalmente, en muchos casos de consentimiento desventajoso fracasa ya su eficacia debido a las carencias de voluntad o al límite del art. 226a {"buenas costumbres», comp. También art. 38, número 2 del C. P. portugués), de manera que entonces ya no se plantea la cuestión de la exclusión del tipo o de la antijuricidad. Si se prescindiera de estos hechos, quedan sucesos como los siguientes: alguien ingresa en una comunidad religiosa estricta y permite a sus asociados destruir sus objetos de lujo a fin de no caer en la tentación de apegarse a bienes terrenales. O alguien posee una valiosa imagen femenina lecha por un maestro; su amante, que está celoso de la mujer retratada, hace depender su aceptación a la propuesta de matrimonio de que se le permita destruir la odiada imagen; él consiente en ello. O también: alguien permite que le hagan cicatrices en pruebas de *valor* o tatuajes visibles. Pese a que tales hechos ya no se mueven dentro del ámbito de lo generalmente común, se tendrá también que rechazar aquí un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo de los dos en cuestión. Si se quisiera afirmar este desvalor y basar la admisión de una lesión típica del bien jurídico no de la voluntad real, sino del «bienestar verdadero», el ordenamiento jurídico se arrogaría una soberanía sobre lo razonable que no le corresponde y que también leería a dificultades de delimitación insuperables. En todos los ejemplos, la conducta del portador del bien jurídico significa un poco de autorrealización responsable en la comunicación con o bajo la asistencia de otros, sin importar cómo un tercero ajeno juzgue esto. En lugar la afección del objeto del hecho constituye una intrusión en esferas jurídicas ajenas, tal como lo presupone el tipo delictivo; solamente el que consiente puede decidir lo que sirve para su verdadero bienestar. Así, en los ejemplos arriba mencionados del delito de daños

Comp. STRATENWEETH, «Strafrecht, AT», 3ª ed., n. marg. 3fi9.

Es perfectamente posible que el propietario considere que la disposición tomada por él sobre su propiedad sea la decisión más afortunada de su vida.

3. Pero habla a favor de la fuerza excluyente del tipo de consentimiento no solamente la teoría del tipo, sino también la circunstancia de que el consentimiento significaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación. Todas las causas de justificación se basan en el principio de la ponderación de intereses y en la necesidad ante una inevitable situación de conflicto es conforme al derecho el sacrificio de uno de los intereses que el ordenamiento jurídico considera de menor valor, siempre que este sacrificio sea necesario para la preservación del interés mayor. Pero en el consentimiento no se trata, ni de un conflicto de intereses entre el actor y quien consiente, ni tampoco de la necesidad del hecho. Este carácter estructural diferente del consentimiento ya ha motivado a MEZGER<sup>1091</sup> a desarrollar un sistema dualista de causas de justificación; según este sistema, la justificación, en la mayoría de los casos, seguiría el principio del interés preponderante mientras que la justificación lo haría con el principio de la falta de interés: «Una justificación según el principio de la falta de interés ocurre mediante el retiro, en el caso particular, de la voluntad que en el tipo ha sido pensada como lesionada». Pero precisamente esta fundamentación muestra que en la realidad no se trata de un problema de justificación, sino de uno del tipo. Pues no es posible pensar que en un consentimiento efectivo se lesiona una voluntad que después «se retira» debido al consentimiento, sino la voluntad no puede ser imaginada desde el principio como lesionada, y con ello, según

\*1 N<sup>7</sup>. d. T.: se suele traducir «Erforderlichkeit» por «necesidad» y «erforderlich» por necesario; sin embargo, esto lleva a confusiones con el término «Strafbedürfnis», también utilizado en dogmática penal en cuanto a la «necesidad» (político-criminal) de pena. Lo mejor sería que para el primer término se encontrara, en armonía con el concepto que designa, otra traducción, como p. ej. «carácter indispensable» e «indispensable», según el caso, o incluso «necesidad racional» (como en la legítima defensa). Aquí se respeta la traducción tradicional. Strafrecht, ^ y 3<sup>a</sup> ed., 1932/1949, p, 204 y ss.

Las premisas de MEZGER, tampoco puede imaginarse que el tipo se haya completado.

Sin embargo, una opinión difundida, fundamentada por NOLI. {comp. nota 5), intenta probar una ponderación de intereses también en el consentimiento; se ponderaría la libertad individual «frente al interés general de preservar los bienes jurídicos»<sup>311</sup>. Pero con ello no se toca el punto de vista esencial. Si bien el legislador no permite en absoluto un consentimiento efectivo en el homicidio (art. 216) y en las lesiones corporales (art. 226a) sólo lo hace con restricciones, aquí se trata de una restricción general de la potestad de disposición emprendida por el legislador, mientras que en las causas de justificación se trata de la necesidad de la intervención en la situación concreta de conflicto. Allí donde es posible un consentimiento efectivo ya no se emprende precisamente una ponderación a la medida de la situación individual; más bien -¡piénsese en los ejemplos arriba mencionados!- se afirma la libre voluntad del portador del bien jurídico sin que exista una contradicción de intereses y sin que la necesidad o incluso tampoco sólo la razonabilidad del consentimiento deban ser todavía probados o ponderados en contra del valor del objeto concreto del hecho. Si Max Brod, siguiendo el consentimiento y el deseo de Franz Kafka, hubiera quemado los manuscritos de éste, esto no hubiera sido reprobable penalmente; sin embargo no pueden existir dudas de que el interés general en la preservación de los textos era mayor que la voluntad del poeta ante una ponderación concreta del caso particular.

4. Finalmente se tendrá que contemplar también al consentimiento como excluyente del tipo de manera general porque no es posible una delimitación clara entre los casos de consentimiento y los del acuerdo. ¿Constituyen un caso de acuerdo o de consentimiento la aprobación de una injuria (art. 185), un secuestro (art. 239), una grabación magnetofónica (art. 201), la apertura de una carta (art 202), la divulgación de un secreto (art. 203)? Esto es juzgado de manera distinta en todos estos casos<sup>311</sup>. Si se aventura una bipartición, se tendrá

JKSCHKCK, «Lehrbuch», 3<sup>ª</sup> ed., cap. 34 II, 3.

<sup>150</sup> Comp. p. ej. AKZT, «Wilksmängel bei der Einwilligung», p, 11 y ss., c. más ref.; a favor de un mero consentimiento en la mayoría de los casos, GÉTUNS



draque admitir un acuerdo. Así, si la injuria (art. 185) es una violación de la pretensión individual de respeto (individueller Achtungsanspruch) *que* cada uno tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir una injuria en caso de un consentimiento, porque una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no haya sido reclamada en absoluto. Si se ve una injuria en el envío no solicitado de escritos con contenido sexual, en todo caso no puede ser nunca injurioso su envío a solicitud y si se juzga como injuria a las acciones sexuales que ocurren en contra de la voluntad del destinatario, no puede pues hablarse de ello si se da un acuerdo<sup>1331</sup>. En caso de un secuestro se podría decir que un «encierro» de acuerdo con la voluntad del afectado sólo estaría justificado porque el asentimiento no elimina el encierro. Pero, dado que el art. 239 sólo menciona el encerrar como ejemplo de que a la víctima le es «robado el uso de su libertad personal», también tiene que admitirse aquí una exclusión del tipo efectuada por el acuerdo porque el afectado, al dar su aprobación, no es «robado» en su libertad. Cuando alguien consiente que sus expresiones sean grabadas en una grabadora difícilmente puede considerarse que se ha completado el tipo del art. 201 porque no es lesionada la «confiabilidad de la palabra», la cual quiere proteger el tipo, según el título oficial bajo el que se encuentra. Si alguien abre una carta con el consentimiento del destinatario, se podrá considerar que el tipo del art. 202 ya ha sido completado porque según su tenor presupone

ZSIW72, 1960, p. 48 y ss.; a favor *de* un acuerdo en casi todos los casos comentados por ellos, Schönke/Schröder, «StGB», 22ª ed.  
<sup>S2</sup> El BGH, por el contrario, admite una injuria justificada por el consentimiento; ver BGHSt, tomo 11, p. 67, 72

(33) El QLC; de Sittigart opina en tal caso que «cualquier acción que toque el honor de otro (perdería) su antijuricidad, y con ello el carácter de una injuria, cuando el afectado estaba de acuerdo con ella»; ver JV/W1962, p. 62. Pero si ni siquiera se presenta una injuria, esto tiene que excluir el tipo.

<sup>1341</sup> Así, la doctrina dominante; pero a favor de una simple exclusión de la antijuricidad p. ej. (GEERDS trabajo doctoral p. 36 ys.

<sup>1341</sup> La doctrina dominante pretende admitir una simple justificación: pero igual que aquí. en LENCKER Schönke/Schröder, -StGB, 22ª ed., art. 201, n. marg. 13, c. más ref.

Supone un autor para quien no estaba dirigido el conocimiento de la carta. Y cuando alguien, en virtud de una desvinculación de su deber de callar, transmite el secreto a otro, esto no es una «violación» justificada de un secreto privado, sino este secreto no ha sido ni siquiera «violado» en tanto el afectado permite y desea que sea revelado

Luego, incluso si uno quisiera tomar como punto de partida la teoría de la bipartición, apenas quedan casos en los cuales un consentimiento podría tener solamente fuerza justificadora. Aun en los ejemplos clásicos de los arts. 303, 223 y ss. Apenas puede sostenerse tal suposición. Así, p. ej. JESCHECK. Escribe «Naturalmente también hay casos en los cuales el consentimiento repercute inmediatamente en el tipo. Quien permite que se corte con sierra un ropero viejo para hacer leña con él, está cambiando el fin para el cual ha sido destinado, de manera que se excluye desde el principio el delito de daños (art. 303)». Por el contrario, sólo deberá existir una justificación cuando el tío permite a su sobrino «desmontar partes de su vehículo, a fin de que éste pueda familiarizarse con los posibles trabajos de reparación que posiblemente le ocurran en un viaje de investigación»<sup>1371</sup>. Aparte de que no hay motivos convincentes para un tratamiento diferenciado de ambos casos, se plantea la pregunta de porqué en el segundo ejemplo no deba presentarse un cambio parcial de la determinación del fin, la cual tendría que llevar igualmente a excluir el tipo. Además, no solamente en el ejemplo 1, sino en cualquier caso del consentimiento en la destrucción de un bien tendría que afirmarse un cambio de la determinación del fin a través del propietario; el consentimiento justificaría en caso de un daño y excluiría el tipo en caso de una destrucción, lo cual sí que es un resultado bastante absurdo.

Esta es la doctrina dominante; comp. LENCKER en Schönke/Schröder. «StGB», 22ª ed., art. 202, n. marg. 12.

<sup>1371</sup> Así también p. ej. ÜLG Colonia, V/H'1962, 686 y U. CK. KR en Schönke/Schröder, «StGB», 22ª ed., art. 203, n. marg. 22.  
«Lehrbuch», 3ª, cap. 34 I, I, c.

En caso de lesiones corporales, la doctrina dominante -a diferencia de la jurisprudencia- siempre ha considerado como atípicas las afecciones beneficiosas a la sustancia corporal (es decir, las intervenciones curativas necesarias médicamente y ejecutadas según la *lex artis*), independientemente de la voluntad del paciente, negando en tales casos un «daño a la salud» en el sentido del art. 223. Es una cuestión de interpretación del art. 223 el que esto sea acertado o no, lo cual no puede ser examinado aquí con más detalle. Sin embargo, cuando se considera que el consentimiento excluye el tipo, el problema se relativiza esencialmente en la medida en que ya es atípica una intervención curativa bajo la aprobación del paciente debido al consentimiento. Con ello (a diferencia de la jurisprudencia) se toma en cuenta el deseo de los médicos de no ser colocados, bajo el punto de vista del tipo, al mismo nivel que un «navajero». Sobre si se configura el tipo del art. 223 en caso de una intervención curativa sin autorización del paciente, es una cuestión que queda fuera de la teoría del consentimiento. No obstante, en tanto el C. P. no contenga un tipo sobre el tratamiento curativo sin autorización, como se preveía en el Proyecto de 1962 (art. 162), existe una necesidad político-criminal irrefutable para considerar protegido conjuntamente, a través del art. 223, también el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal; luego, en caso de no existir un consentimiento debe sancionarse por lesiones corporales. La teoría aquí defendida posibilita este resultado razonable sin caer en las exageraciones de las opiniones en conflicto, las que independientemente de la autorización del paciente en una intervención curativa, consideran que el tipo de las lesiones corporales o bien siempre (así procede la jurisprudencia), o bien nunca (así, la doctrina dominante) se completa. Pero también debe regir exactamente lo mismo para aquellas intervenciones que no persiguen fines curativos, p. ej. Operaciones cosméticas. Aquí los autores que consideran atípica la intervención curativa pero que sólo otorgan fuerza justificante al consentimiento, pretenden ver completado sin excepciones el tipo de lesiones porque el paciente soporta temporalmente una afección más o menos amplia a su integridad corporal Pero esto

Es exactamente lo mismo en una operación aconsejada médicamente! No obstante, por su resultado final, la cirugía plástica de belleza puede ser tan útil para el bienestar psíquico-corporal como una intervención curativa en sentido estricto. Incluso en el caso extremo de alguien que, por razones masoquistas, se deje castigar y obtiene de

de las sensaciones corporales placenteras (sobre el art. 226a comp. III), no se entiende por qué deba ser lesionado el bien jurídico tutelado en el art. 223.

Luego, un análisis más cercano muestra que en los supuestos de consentimiento justificante apenas si se puede independizar el bien jurídico de la libre decisión de su portador; y esto incluso según las premisas de la teoría de la bipartición. También por este motivo debería abandonarse la diferenciación sistemática entre acuerdo y consentimiento.

5. Un último argumento a favor de la fuerza solamente justificante del consentimiento se obtiene del tenor del art. 226a, según el cual, en caso de una lesión corporal con consentimiento del lesionado, el valor «sólo acula antijurídicamente cuando el hecho atenta contra las buenas costumbres, pese al consentimiento»<sup>(41)</sup>. Pero no es acertada la deducción de que según ello un consentimiento efectivo solamente excluiría la antijuricidad y no el tipo. Pues un hecho antijurídico según el art. 11, primer párrafo, N°5 es «sólo aquel que realiza tipo de una ley penal». Entonces, se debe leer el art. 226a de tal manera que una lesión corporal con consentimiento del lesionado solamente es típica y antijurídica cuando, pese al consentimiento, atenta contra las buenas costumbres. En esta frase se encuentra una expresión sobre si una lesión corporal emprendida con un consentimiento efectivo es típica o no lo es

<sup>(41)</sup> LENCKNER en Schönke/Schröder, «StGB», 22ª ed., com. previo art. 32, n. marg. 34; DREHMER/TKÖNDL, «StGB», 42ª ed., com. previo art. 32, n. marg. 3b; DREHMER, L-H. a Heiniß, p. 220. La misma exigencia contiene también el art. 38, N° 1 del C. P. portugués (sin restricciones a la lesión corporal). Comp. también el art. 16.

<sup>(42)</sup> Igualmente, por sus resultados, MAL RACH/ZIT, lomo I, parte I, 6- ed., cap. 17KI, B, 7.

debería ser considerado como voluntario y efectivo según los principios generales<sup>1441</sup>; más bien existe una presión coactiva que *cx-4* cluye una decisión autónoma. La justificación de dichas medidas, que son ahora posibles según la ley sobre castraciones, no se basa solamente y no en primera línea en el «consentimiento» del enfermo, sino en una serie de presupuestos similares a los de la intervención curativa y I al estado de necesidad, a los cuales debe añadirse la automación del sexualmente anormal, la que no es suficiente por sí sola (arts. 2, 3 Ley sobre castraciones). Cuando el art. 3, segundo párrafo de la ley sobre castraciones considera necesario decir que el consentimiento del afectado «no (sería) efectivo porque éste está internado en un establecimiento en el momento del consentimiento», y cuando el art. 3, tercer párrafo de la ley sobre castraciones también renuncia a la completa capacidad de comprensión del afectado, se ve claramente que, pese a la terminología de la ley, no se trata de un consentimiento real, sino de un sustituto del consentimiento que debe incluirse en la ponderación sobre la exclusión de la antijuricidad. También hay fenómenos similares de un consentimiento, si-acuerdo. Cuando p. ej. alguien permite el ingreso de policías de registro domiciliario en su departamento para evitar que abran la puerta violentamente, pese a ello, los policías completan el tipo de la violación de domicilio (art. 123). Pues el permiso ha sido obligado y no constituye una libre disposición del portador del bien jurídico; la justificación de los policías no se basa en el «acuerdo», sino en una disposición de registro según el art. 105 C.P.P. Luego, la existencia de «consentimientos» atenuadores de la intervención y su falta de importancia para completar el tipo no proporciona un argumento para diferenciar entre acuerdo y consentimiento.

7. Aunque, según esto, el consentimiento y el acuerdo impiden por igual que el tipo se complete, esto no significa que todos los casos

*iuscivuitamento* en el derecho penal

El término proviene de A.M.L.I. \c, «Dio Einwilligung...», p.

280

(i. Dnicaiueriie consiiluye una tiparctic excepción a la fuer/a excluyente del tipo de consentimiento cuando sólo puede verse como lesión justificada a la castración autori/ada por el delincuente sexual. Pues un consentimiento «atenuador de la intervención»\*<sup>13)</sup> que se otorga para escapar a un mal todavía mayor (el internamiento en una clínica) no

de autorización tengan que ser tratados según las mismas reglas bajo cualquier aspecto. Pero las eventuales diferencias no pueden, en todo caso, ser deducidas de premisas sistemáticas, y tampoco de una «naturaleza» divergente del consentimiento y del acuerdo, naturaleza que les sirve de base y que se supone estaría dada previamente. Puesto que siempre se trata

de problemas del tipo, pueden resultar diferentes presupuestos de eficacia solamente de la esmictura de cada uno de los tipos. En cambio, la separación entre acuerdo y consentimiento es secundaria y depende ampliamente de los presupuestos idiomáticos. a saber de si el idioma alemán conoce un término que permita expresar la intervención en contra de la voluntad del portador del bien jurídico ya en la formulación de la acción típica («irrumper», «coaccionar», etc.) o por lo menos en la emblemática caracterización del tipo delictivo («violación» de la confiabilidad de la palabra, de un secreto, etc.)<sup>(41)</sup>. Por ello renunciamos a tratar de manera separada el acuerdo y el consentimiento en el desarrollo que sigue a continuación.

### III. TIPOS SIN POSIBILIDAD O CON POSIBILIDAD LIMITADA DE UN CONSENTIMIENTO<sup>(46)</sup>

1. Se excluye desde el principio un consentimiento en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige conu a la colectividad. Aun cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición. El falso juramento tramado entre dos partes de un proceso (art. 154) es, entonces, punible pese a la aprobación de la otra parte porque la administración de justicia como el bien jurídico protegido

P- 105 y ss.,

<sup>(43)</sup> Así cambien BGHSt 4. 118, a favor de la castración de delincuentes sexuales en la época Nazi, quienes sólo podían escapar a su incernamiento en un campo de concentración gracias a su consentimiento. De manera diferente, BGHSt 19, 201, para el período de posguerra antes de la dación de la ley sobre castraciones.

<sup>(44)</sup> Coinp. RUXIN, «Qffene Tatbustände und Rectmpflicbímerkmale», p. 129ys.; KIKXTXV, «Der Mangel am Straftatbesiand...», p. 40 y ss.; K.ÜHNE/Z1979, p. 242.

281

do en los delitos de declaración [Aussagedelikle] es afectado de uny u otra manera. También en una falsificación documental (arl. 267) el «perjudicado» no puede consentir porque el bien jurídico protegido . es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afecta do. De igual manera, en la falsificación del estado civil (art. 169) y en la bigamia

(art. 17JJ son protegidos intereses de la colectividad (esto es, el status jurídico familiar para el público y el ordenamiento estatal del matrimonio), de manera que no tiene importancia la aprobación de la «víctima» de la falsificación del estado civil ni la del primer cónyuge. El principio tampoco se ve relativizado por el hecho de que la protección constitucional puede permitir acciones que serían peligros para el Estado sin dicha autorización<sup>^\*</sup>; pues en tal medida la autoridad actúa como representante del estado, quien es protegido mediante esta disposición.

El principio, entendible por sí solo, de que el particular no puede consentir eficazmente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad genera dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico tutelado es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Dado que estos problemas no conciernen primariamente a la teoría de) consentimiento sino al bien jurídico de cada uno de los tipos, y con ello a la parte especial, no pueden ser expuestos aquí con detalle, sino solamente presentados mediante ejemplos. Uno de los tipos más controvertidos en este sentido es el art. 164 {falsa sospecha} [denuncia munda/J. Si se ve el bien jurídico tutelado solamente en la administración de justicia al interior del Estado, la cual debe ser protegida contra investigaciones erradas contra determinadas personas (teoría de la administración de justicia)<sup>(48)</sup>, el

<sup>(44)</sup> También el C. P. portugués permite un consentimiento en el art. 38, N\* 1 soJameme «cuando alcanza a intereses jurídicos de libre disposición», La regla del consentimiento no dice cuándo ocurre esto.

<sup>1471</sup> Comp. JKSchwK, «Lehrbtich», 3ª ed., cap. 34 III, 4; KIRSCH en LK (10ª ed.), n. marg, 115, com. previo art, 32.

<w> Así últimamente de nuevo LANGER, «Dic falsche Verdächtigung», 1973, p. 64; Ri'Dou'Hi en SA' (3\* ed.), ari. 164, n. marg. I; por sus tendencias también M.AUÍACH/SCHROEDKK, segundo lomo, segunda parte (6ª ed.), cap. 97, I.

282

Acería del consentimiento cu el derecho penal

í iiiisniinicntodel sospechoso carece totalmente de importancia; éste i Ir va más bien el contenido de injusto del hecho al reforzar la" confu-i-iii de la autoridad. Es igualmente irrelevante el consentimiento cuan-ilyn. siguiendo a la jurisprudencia<sup>1491</sup> ya la doctrina<sup>(SII)</sup> dominante, si lurn se ve,

mediante el art. 164, protegido también al particular (al la«lr» de la administración de justicia) contra una persecución injustificada de la autoridad, sin embargo, se coloca a ambos bienes jurídicos en una relación de alternancia, de manera que el tipo ya se completa si uno u otro de ellos es lesionado (teoría de la alternancia). En lo que respecta al consentimiento, éste deja intacta la lesión de la administración de justicia y con ello la punibilidad; su único efecto es el de anular la responsabilidad del lesionado de hacer dar publicidad a la condena (art. 165) pero solamente sirve a sus intereses (BGHSI 5, 69). Por el contrario, un cumplimiento del tipo excluye el consentimiento cuando se considera que ambos bienes jurídicos son cumulativos (teoría de la acumulación)<sup>(49)</sup>, de manera que sólo la lesión simultánea de ambos corresponde al tipo delictivo. Con más razón se despliega plenamente el consentimiento cuando se considera como bien jurídico tutelado solamente al interés del particular en su protección contra una persecución injustificada (teoría del bien individual)<sup>(50)</sup>.

En la práctica es muy importante la discusión sobre el bien jurídico en el art. 315c (peligro en el tráfico rodado). Aquí p. ej. se trata de la cuestión de si un acompañante puede consentir eficazmente cuando se sienta en el coche de un conductor ebrio y resulta lesionado a continuación en un accidente (art. 315c, primer párrafo, N<sup>o</sup> 1a). El IGH considera irrelevante el consentimiento porque el art. 315c no solamente protegería el cuerpo y la vida del participante individual

<sup>(49)</sup> Comp. solamente BGHSI 5, 66 y -de manera especialmente clara- IGH, (1965, 306.

<sup>(50)</sup> Lf.NCKM-it en Schönke/Schröder, «StGB», 22<sup>a</sup> ed., art. 164, n. marg. 1, 2, r. más ref.

<sup>(51)</sup> FKANK, «StGB», 18<sup>a</sup> ed., art. 164, nota I.

<sup>(52)</sup> Así, últimamente, otra vez HIRSCH, «Zur Rechtsnatur der fälschen Verdächtigung», LfCaSchröder, p. 307yss.; SCHMIDT, «Grundriss, BT», cap. 6, n. marg. 6.

283

li t-i i i i Id i lill.M'illillii'no e ii el ilem lui

en el tráfico, sino tendría por finalidad sobre todo la seguridad en el tráfico rodado y con ello la seguridad de la colectividad (BGHSI 2,1, 261,263). El expuesto al peligro «no [podría] disponer sobre el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Su consentimiento solamente tiene fundamental

importancia allí donde él es el único portador del bien jurídico protegido y éste está bajo su disposición" (BGHSI 2,1, 264). Pero aquí merece las preferencias una concepción cumulativa del bien jurídico, según la cual no es suficiente la puesta en peligro genérica de la seguridad del tráfico en el caso del art. 315c<sup>in</sup>; pues este tipo exige expresamente junto a la forma de conducir peligrosa, una concreta puesta en peligro individual. Si ésta se encuentra cubierta mediante el consentimiento<sup>41</sup>, ya no resulta suficiente para completar el tipo la abstracta puesta en peligro restante; ésta es reprimida mediante la pena del art. 316 en caso de un autor incapaz de conducir.

2. Pero tampoco el consentimiento del portador del bien jurídico excluye el cumplimiento del tipo en todos los casos. Esto rige en primer lugar para los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abuso sexual (arts. 174-176, 179, similares también los arts. 180, 180a), un consentimiento de la víctima es irrelevante porque el legislador, por la vía de una presunción irrefutable, le priva desde el principio la capacidad para decidir libre y responsablemente. Lo mismo rige para el tipo de la usura (art. 302a), en el cual la situación de coerción, la inexperiencia, la debilidad de juicio y de voluntad del receptor han motivado al legislador a declarar la ineficacia del consentimiento ya mediante la introducción del tipo. En muchos casos de los delitos contra la administración pública unipersonal es posible, desde el principio, un consentimiento del portador del bien jurídico. Así, p.

Acerca del consentimiento en el delito penal

<sup>(43)</sup> Así también por sus resultados la doctrina mayoritaria en la literatura; comp. p. ej.

CRAMER en Schönke/Schröder, «StGB», 22<sup>a</sup> ed., art. 315c, n. marg. 33; DREHER/TRÖMJE-, «StGB», 42<sup>a</sup> ed., art. 315c, n. marg. 17; ambos c. más ref.

<sup>(44)</sup> Lo cual fracasa ante el art. 226a en caso de resultado de muerte y también es frecuentemente dudoso por lo general. Es mejor tratar como problema general de imputación a la «puesta en peligro ajena y consentida por el tercero» sin recurrir al consentimiento.

284

funcionario público también es punible por persecución de inofensivo (art. 344) o por una ejecución de pena no prevista penalmente), cuando la víctima (p. ej. por motivos políticos o para encubrir un hecho punible más grave) está de acuerdo con ello. Pues estas disposiciones

no protegen solamente al perseguido, sino de igual manera al Estado de Derecho en el proceso penal, si bien también sufre daños cuando la víctima de tal proceder consiente. Sin embargo, no se puede estatuir el principio general, tal como muchas veces se hace, de que en los delitos contra la administración pública «a sería absolutamente irrelevante el consentimiento»<sup>1001</sup>. Así, no hay dudas contra la suposición de que está excluido el tipo del art. 340 (lesiones corporales en la administración pública), cuando un soldado se obliga a donar sangre al médico de campo [Stabarzt], y éste emprende la intervención. Esto rige incluso cuando con ello el médico de campo interviene contra una disposición del servicio. La posibilidad de un consentimiento en los delitos contra la administración pública depende, además, de un análisis de cada uno de los tipos particulares.

Es totalmente ineficaz el consentimiento en un bien jurídico individual de la vida humana. Aquí, del art. 216 (muerte a petición de la víctima) resulta que el consentimiento en la propia muerte no permite desaparecer la punibilidad del hecho, sino que a lo sumo la reduce. Para ello hay buenos motivos. Un consentimiento apresurado o influenciado por defectos psíquicos no reconocidos puede ocasionar daños irreparables, de manera que la víctima también tiene que ser protegida de sí misma; y la constitución de tabúes frente a cualquier muerte ajena no justificada por una legítima defensa refuerza el interés a la vida humana y sirve con ello para la protección absoluta de cada bien jurídico del máximo valor. El tipo de lesiones corporales presenta los problemas más difíciles. La ley parte del derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, pero hace una excepción en el art. 226a para el caso de que el hecho atente contra las buenas costumbres pese al consentimiento.

(sobre el consentimiento en el derecho penal, véase también el comentario de AMKLUNG, «Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten», L.-H. a Dünnebier, p. 487 y ss. 285)

A. n. i. (Id. (iii)M-iiiiiii-iiiiK-n el ilrcrci luí pni.i)

Desde el punto de vista constitucional, la restricción de la potestad de disposición es posible porque la libertad general de acción según el art. 2 C. A., sobre la cual descansa la eficacia del consentimiento, sólo está garantizada hasta el límite de los derechos de los demás, del ordenamiento

constitucional y de las buenas costumbres. Sin embargo, no debe deducirse de esto una carta blanca para restringir la potestad de disposición con motivos puramente morales. Entonces se tendrá que entender a la «ley de las buenas costumbres» tomada como referencia en el art. 2, primer párrafo, de la C. A., que con ello solamente se quiere referir a principios éticos fundamentales, cuya lesión causa daños sociales. Además, por razones de proporcionalidad, el Derecho penal es solamente el máximo medio de reacción estatal; luego, éste no tiene que trazar fronteras por todas partes, cuando la garantía constitucional ya no alcanza. Esto se puede reconocer ya por el hecho de que la limitación de la disposición del art. 226a no se vincula al atentado del consentimiento contra las buenas costumbres, sino en ese caso también deja impune a las lesiones corporales, siempre que el hecho mismo no atente contra las buenas costumbres. Finalmente, también el principio de determinación (art. 103, segundo párrafo, C. A.) prohíbe recurrir de manera inmediata a juicios morales carentes de bienes jurídicos<sup>500</sup>, pues en nuestra sociedad pluralista ya no debe alcanzarse un consenso garantizador de la seguridad jurídica a través de los principios de la moral privada.

Después de todo esto, el «carácter atentatorio contra las buenas costumbres» del hecho solamente puede admitirse cuando su desaprobación legal resulta claramente visible a partir del *ordenamiento jurídico* y cuando el hecho acarrea la afectación de *bienes jurídicos* que no están a disposición del portador del bien jurídico. Esto ocurre, en primer lugar, en el consentimiento de lesiones que hacen peligrar la vida, tal como puede suceder en las riñas (BGHSt 4, 88); pues del art. 216 resulta que también tiene que ser inválido un consentimiento eventual en la propia muerte.

Además sigue siendo punible por lesiones

Acerca del consentimiento en el derecho penal (véase también el comentario de Conip. al respecto Roxix, JuS 1964, p. 371 y ss. (= «Strafrechtliche Grundlagen pro hiero e»), p. 184 y ss.).

286

corporales quien mutila a otro bajo el consentimiento de éste, para escapar al servicio militar o para obtener injustificadamente el beneficio de un seguro o una pensión. Aquí, debido a los arts. 109, 263, queda fuera de toda duda la desaprobación legislativa, así como tampoco están a disposición del afectado corporalmente los bienes jurídicos protegidos en

estas disposiciones. Por motivos correspondientes, debe admitirse una lesión corporal, eventualmente punible de mane-i ;i autónoma, en caso de un aborto por un charlatán, pese al consentimiento de la gestante. Por el contrario es eficaz el consentimiento en las lesiones sado-masoquistas'-"<sup>1</sup>. Pues en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la relación con el daño social, y, en segundo lugar, tampoco es visible una desaprobación del legislador contra dichas conductas. Antes bien contradiría los objetivos que subyacen en la reforma del Derecho penal sexual mediante la 4ª ley de reforma penal de 23-11-1973, el que mediante una punición por lesiones se evada la limitación de la punibilidad a los delitos «contra la autodeterminación sexual»<sup>(15)</sup>. También es efectivo el consentimiento en la provocación de cicatrices durante una prueba universitaria de valor {BGHSt 4, 24), el consentimiento en una esterilización (BGHSt 20, 81)<sup>(59)</sup> y en la extirpación de órganos con fines de transplan te. Además las operaciones cosméticas hajo un consentimiento son impunes, incluso cuando no son objetiva-

<sup>(51)</sup> El RG veía precisamente aquí un caso principal de consentimiento ineficaz según el art. 226a; comp. ref. en HIKSCH en *LK* (10<sup>3</sup> ed.), art. 226a, n. marg. 8.

<sup>(51)</sup> Renuncio a la excepción de la punibilidad de estos casos, tal como había yo sostenido antes de la promulgación de la 4ª Ley de reforma penal en la nota 56 de la mencionada monografía.

<sup>(59)</sup> El BGH ha llegado a la impunidad argumentando que después de la derogación del art. 226b que regulaba la esterilización durante la época hitleriana, ya no existe una disposición penal. Esle argumento ha sido unánimemente rechazado en la literatura (comp. solamente ROXIN, en *Boletín médico de Baja Sajonia*, 1965, número 6), porque los arts. 223, 225 comprenderían por sí mismos el caso. Pero la punibilidad fracasa debido a que no es contraria a hts buenas costumbres una esterilización emprendida con el consentimiento riel paciente (comp. ROXLN, *JuS* 1964, p. 37J y ss. = "Grundlagenprobleme", p. 184 y ss.).

u del con i\*n tí miento cu mente razonables y ni siquiera tienen efectos embellecedores. También los cambios de sexo están permitidos cuando existe un consentimiento correspondiente<sup>(wi)</sup>.

En la literatura se defienden frecuentemente diversas opiniones<sup>^1</sup>. HORN<sup><01</sup> considera que sólo son punibles aquellas lesiones corporales consentidas «que son emprendidas con fines de preparación, ejecución, ocultamiento o simulación de un hecho punible»; esto se corresponde con la opinión aquí defendida, pero con la salvedad que las lesiones corporales peligrosas para la vida bajo el consentimiento de la víctima, por lo visto deben ser permitidas. A la inversa, una opinión que se está imponiendo<sup>^1</sup> se centra exclusivamente en la gravedad déla intervención y sólo quiere penarlas lesiones corporales «considerables» o «graves» (art. 224!), pese al consentimiento. Pero esta teoría debe hacer una excepción en los trasplantes de órganos, lo cual relativíza la concepción, y consecuentemente tendría que permitir la punibilidad en la esterilización realizada por el médico a pedido del paciente, y con más razón aún en caso de cambios de sexo<sup>li4</sup>. El tenor legal también permite apenas equiparar la infracción de las bue-

<\*" Por el ton I i-ario, según el BGHZ 57, 63 y ss., aquí sólo debe negarse el carácter atentatorio contra las huenas costumbres en casos excepcionales. 1-a cuestión también ha sido dejada sin responder por el BVeriG para operaciones que no son terapéuticamente necesarias; ver *N/WI97Q*, p. 595.

<"<sup>11</sup> De manera similar que aquí, STKKI-: en Schönke/Sdiróder, «StGB», 22ª ed., art. 226a, n. marg. 6, para quien debe limitarse la punibilidad a los casos «en ios cuales no se puede riuclar razonablemente de pautas valorativas de valide/ general, las cuales conducen a un claro juicio sobre el carácter contrario a las buenas costumbres».

"-<sup>31</sup> *SK* (3ª ed.), arl. 226a, ti. marg. 9.

<(3) *Arwr*, «Willen sin ángel bei der F.inwüügiing». p. 36 y ss.; HIKMIH, *LK* (10ª ed.), arl. 226, n. marg. 9; JKSCHLCK. «Lehrbuch», 3ª ed., cap. 34, 2; STKATK-WKRTH, «Strafrechi, AT», 3ª ed., n. marg. 376.

(^JiisoiKrK ("Lehrbuch.., 3\* ed., III, 3, b) y HIKSCH (en *LK*, 10ª ed., art. 226a, n. marg. 41) abogan por la impunidad de la esterilización requerida, mientras que STRATE.VWEKIH («Strafrecht, AT, 3ª ed., n. marg. 376) exige «motivos defendibles» para ello, con lo cual se abandona igualmente el punto de partida.

Acerca tlel consentimiento cu el derecho

ivas costumbres con la gravedad de la intervención. SCHROEDER<sup>(65)</sup> pretende negar la eficacia del consentimiento «cuando ocurre una considerable lesión corporal, especialmente un daño en la sustancia, sin una

finalidad comprensible». Pero el concepto de falta de comprensión tiene poca fuerza enunciativa y extiende demasiado la punibilidad. Pues no todo lo que ocurre sin un motivo comprensible tiene que atentar por ello contra las buenas costumbres - especialmente cuando el afectado mismo lo desea, es decir, cuando tiene un sólido motivo subjetivo. SCHMIDHÄUSER<sup>671</sup> quiere penar como lesiones corporales a las «intervenciones de carácter indigno a la persona» también en caso de un consentimiento del lesionado. Sin embargo, en contra de ello habla (aparte de la falta de concreción del criterio) el hecho de que la dignidad humana debe asegurar la libertad de decisión autónoma del individuo y no es, por ello, un instrumento idóneo para restringir la libertad de acción.

Lo que importa es el atentado del hecho contra las buenas costumbres, no el consentimiento (BGHSt 4, 88,91; RGSt 74, 91,95; RG, DR 1943, 579, N° 12). Luego, cuando alguien se somete a una donación de sangre para usar los honorarios en una broma, esto puede atentar contra las buenas costumbres; pero la extracción de sangre no lo es, porque su finalidad es socialmente provechosa y al médico no le importa nada el empleo de los honorarios.

Siguiendo la doctrina ahora completamente dominante, el campo de aplicación del art. 226a debe restringirse a las lesiones corporales y no debe extenderse a otros tipos<sup>671</sup>. El tenor y el lugar sistemático del precepto no dan puntos de apoyo para un empleo analógico del art. 226a a otros casos de consentimiento; esto atentaría contra el art. 103, segundo párrafo de la C. A. por constituir una ampliación de la

<sup>671</sup> MAURACH/SCHROEDER, segundo tomo, primera parte, 6ª ed., cap. 8III, A, 2.

<sup>681</sup> \* Strafrecht, AT», 2ª ed., cap. 8, n. marg. 131; de manera correspondiente «Studienbuch, AT», 2ª ed., cap. 5, n. marg. 120.

(M) por ej contrario, el art. 38, N° 1 del C. P. portugués ha emprendido tal expansión a partir de la ley.

Acerca del consentimiento en el derecho penal

punibilidad. La idea jurídica del art. 216, el cual hace aparecer punible el hecho en caso de lesiones peligrosas para la vida pese a un consentimiento, tampoco encaja desde el principio en otros delitos. Y para los demás casos

no existe ninguna necesidad político-criminal de emplear la idea jurídica del art. 226a en otros tipos, pues esta idea ya es problemática en las lesiones. Cuando alguien se deja separar un dedo para procurarse fraudulentamente una pensión por invalidez, una punibilidad del autor por complicidad en el art. 263 comprendería suficientemente el contenido de injusto del hecho, sin que sea necesaria una punición por lesiones corporales. Frente a esto, no existe ningún motivo para trasladar esta regulación a otros casos y p. ej. penar también por delito de daños, además de por complicidad en una estafa, a aquél que demuele el auto del propietario a pedido de éste, a fin de que pueda obtener uno nuevo de la Compañía de Seguros.

#### IV. DECLARACIÓN, OBJETO, MOMENTO Y REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Un consentimiento en sentido jurídico presupone que haya sido expresado hacia fuera en alguna manera (la llamada *teoría inlerme-dia*)<sup>68</sup>. Por el contrario, la *teoría de la declaración de voluntad* (mejor; *teoría del negado jurídico*)<sup>69</sup>, fundamentada por ZITELMANN y ahora por lo general abandonada, concibe el consentimiento como un negocio jurídico de Derecho privado, mediante el cual se otorgaría al actor un derecho de intervención revocable. Sin embargo, en el consentimiento no se trata de una vinculación del portador de] bien jurídico (así sea incluso revocable), sino por el contrario de la práctica de una libertad general de acción en el sentido de] art. 2, primer párrafo de la C. A. (comp. supralys.) que no está sometida a las reglas del Derecho

<sup>68</sup> Ja actual teoría plenamente dominante; comp. solamente BAL'MAXS/WKBKR, «Strafrecht, AT», 9ª ed., cap. 21 II, 4, b; HIRSCH en LK (10ª ed.), n. marg. 109, com. previo art. 32; JISCHKCK, «Lehrbuch», 3ª ed., cap. 34 IV, 2; LLXCKNER en Schönke/Schröder, «StGB», 22ª ed., n. marg. 43, com. previo an. 32; SAMSON en SK (4ª ed.), n. marg. 42, com. previo art. 32. También puede interpretarse el art. 38, N° 2 del C. P. portugués en el sentido de esta teoría.

<sup>69</sup> ZITELMANN, AcP 99, 1906, p. 51 y ss. Sobre todo FRANK se había aunado a esta teoría en las ediciones 11ª y 14ª de su comentario.

Acerca del consentimiento en el derecho penal

Civil; muy aparte de que no puedan ser objeto de negocios jurídicos bienes jurídicos de carácter personalísimo.



Naturalmente, esto no excluye que, sobre todo en los objetos patrimoniales, la eventual celebración misma de un contrato vinculante sobre el permiso para la intervención ajena; p. ej. el propietario se obliga a permitir al vecino a talar un árbol. Si bien en esto hay un consentimiento, de manera que la tala acordada del árbol no es un delito de daños, el contrato, en sus presupuestos y efectos, va considerablemente más allá de lo que resultaría de un simple consentimiento.

Por otro lado, también debe rechazarse la *teoría de la orientación de la voluntad*<sup>700</sup>, opuesta diametralmente a la teoría del negocio jurídico. Para ella el consentimiento consiste en «el proceso puramente psicológico de renuncia a la voluntad protectora del Derecho. Por ello es suficiente la aprobación interna, sin que ella necesite hacerse conocer hacia fuera»<sup>(71)</sup>. Pues si bien en el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico, una idea que no se destaca no constituye expresión de la voluntad y no es apropiada para vincular consecuencias jurídicas debido a que no puede ser comprobada.

Sin embargo, según la teoría intermedia, la cual después de todo se acerca más a la teoría de la orientación de la voluntad que a la teoría del negocio jurídico<sup>72</sup>, el consentimiento no tiene que ser expreso. Es suficiente un consentimiento a través de una acción que lo sugiere; quien p. ej. se mete en una pendencia amigable, consiente implícitamente en las lesiones corporales leves vinculadas con ello. La jurisprudencia

<sup>(700)</sup> Esta teoría es representada modernamente por MKY.GEK, "Strafrecht", tomo 2, 3ª parte, 1932/49, p. 209; NOLL., «Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe...», p. 134; SCHMIDHALSKK, «Strafrecht, AT», 2ª ed., cap. 8, n. marg. 145.

<sup>(71)</sup> Así el *JSG, JR* 1954, 429, el cual se manifiesta expresamente a favor de la teoría de la dirección de la voluntad.

<sup>(72)</sup> Por ello, la denominación que BAVMANN hace de la teoría intermedia como «teoría atenuada [abgeschwächt] de la orientación de la voluntad» («Strafrecht, AT», cap. 21, II, 4, n) es todavía más pertinente que la denominación empleada frecuentemente (comp. KIRSCH en *LK*, 10ª ed., n. marg. 109, com. previo art. 32) de la «teoría limitada de la declaración de voluntad».

elevado debido a las circunstancias especiales, el acompañante reconoce esto y a pesar de todo se decide a participar»<sup>(73)</sup>.

Además, el consentimiento no necesita -ni siquiera de manera implícita- ser declarado frente al actor o ser aunque sea reconocido por éste. Cuando el propietario ordena a sus empleados a no intervenir contra de la producción de daños, se da un consentimiento efectivo, 'Aun cuando el autor no sepa nada de ello. Sin embargo, en tal caso sólo se excluye el tipo objetivo, de manera que el autor sigue siendo punible por tentativa inidónea. Además, sólo se puede ver un consentimiento en la no-intervención allí donde aquél se basa en una libre decisión del titular del bien jurídico. Cuando alguien solamente permite una intervención en sus bienes jurídicos porque considera que es inútil tomar medidas o teme al atacante, no hay un consentimiento eficaz. Entonces, si bien el consentimiento es solamente "expresión de la coincidencia de la propia e interna toma de posición con el otro", no obstante es «más que una simple tolerancia y que un simple dejar pasar» (RGSt 68, 307).

Sin embargo, en la jurisprudencia y la literatura se defiende mayoritariamente la teoría de la orientación de la voluntad para los casos del acuerdo (comp. supra I, a)<sup>(74)</sup>; luego, debe ser suficiente la «aprobación interna»<sup>731</sup>, sin que sea necesario un dar a conocer. No obstante, no se ve la forma de fundamentar este tratamiento diferenciado. Pues los argumentos que hablan en contra de la teoría de la orientación de la voluntad rigen de igual forma para el acuerdo y el consentimiento. El ejemplo siempre traído a colación del «caso del

<sup>(73)</sup> OLG Oidenburg, *NJW* 1966, p. 2132, 2133; además, BayOLG, A7WI96S, p. 665, OLG Schleswig, SchlHA 1959, p. 154; OLG Celle, *NJW* 1964, p. 736; *MDR* 1969, p. 69.

<sup>(74)</sup> Comp. aparte de los autores mencionados en la nota 6, además ajKSCHECK, «Lehrbuch», 3ª ed., cap. 34, 1, 2 (para los -casos del ladrón-); LKNCKNER en Schonlte/ Schröder, «SIGB», 22ª ed., n. marg. 32, com. previo art. 32 (para una parte de los casos); SAMSON, *SK*, 4ª ed., n. marg. 37, com. previo art. 32.

<sup>(75)</sup> BayOLG, *NJW* 1979, p. 729.

ladrón» (supra 1, 1) no demuestra de ninguna manera que la simple idea del propietario pueda excluir la realización del tipo de hurto (arl. 242). Cuando la Policía extiende billetes preparados para poder apresar de esta manera a un ladrón buscado (así los hechos en BayOLG, N/W1979, p. 729), ciertamente el autor cogido en la trampa sólo es culpable de un hurto tentado. ¡Pero la maniobra de preparación y extensión permite que la voluntad de la Policía de que el ladrón tome en su custodia el billete se vuelva claramente reconocible hacia fuera! Ciertamente sólo constituye una tentativa {impune} de violación de domicilio cuando el propietario, con ayuda de un colaborador de la Policía, atrae a delincuentes a su departamento para poder detenerlos allí mediante el oficial ya preparado para ello. Pero aquí no falta de ninguna manera la comunicación de la voluntad, tal como exige la teoría intermedia.

Por el contrario, cuando realmente sólo existe una aprobación puramente interna, en los casos del acuerdo el autor debe ser también penado por un hecho consumado (p. ej. el propietario piensa: a mí me vendría bien que mi auto viejo sea hurtado del garaje convenientemente cerrado, a fin de que el Seguro me financie uno nuevo). Incluso en la violación (art. 177) sólo podrá verse excluido el tipo cuando sea reconocible hacia fuera, de alguna manera, alguna «aprobación interna» de la mujer. Esto no tiene que ocurrir mediante palabras, pero debe extraerse de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a cualquier «dar a conocer» y centrarse únicamente en los «pensamientos más internos» de la mujer, eventualmente contradictorios de su conducta externa, se perdería cualquier seguridad jurídica y se abriría un campo demasiado amplio para ilimitados errores de tipo del autor.

El objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado, pues éste es una parte esencial del tipo. El que el consentimiento se tenga que referir al resultado es bastante evidente en los delitos dolosos. Por el contrario, en los delitos culposos es discutible si es que no podría haber un consentimiento en acciones y riesgos, sin consentir simultáneamente en el resultado. Pero aquí también puede referirse un consentimiento solamente al resultado que constituye el tipo.

293

El consentimiento tiene que ser dado antes del hecho (BGHSt 17, 359) y es revocable libremente<sup>(7ii)</sup> en tanto no exista una vinculación contractual en el caso particular. Aquí, para la revocación no sólo deberá considerarse suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino se tendrá que exigir que se dé a conocer hacia fuera. Una autorización posterior (p. ej. el hurtado regala la cosa al autor después de descubrir el hecho) no influye en la realización del tipo. Pues, en caso contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión punitiva estatal, lo cual contradice al principio de persecución pública [Offizialprinzip] (el principio de la intervención de oficio). Claro que, en los delitos de persecución a instancia de parte, el perjudicado puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la denuncia penal; también en los delitos de persecución pública, en la medida en que es posible un archivamiento (arts. 153 y ss. C. P. P.) muchas veces una aprobación posterior de la víctima no deja de tener influencia en la decisión de las autoridades de persecución penal. Si se otorga un consentimiento después de comenzado, pero antes de consumado el hecho (p. ej. la víctima de una tentativa de violación consiente voluntariamente en el acto sexual, después del empleo de violencia), entonces hay tentativa de la cual no es posible un desistimiento liberador de pena a causa de la imposibilidad de consumar el hecho; sin embargo, en tales casos, raramente habrá una denuncia penal. Con esto termino mi contribución. Ella está dedicada al derecho alemán, pero deberá servir al mismo tiempo para la interpretación del Derecho portugués, el cual -a diferencia del C. P. alemán- ha regulado expresamente el consentimiento en el art. 38 de su obra legislativa de 1982 '\*'. No obstante, esta regulación está en una relación estrecha con la interpretación defendida en la ciencia y jurisprudencia alemanas, de manera que los problemas son iguales para ambos ordenamientos jurídicos. Esto es ciertamente una bonita prue-

A«rca del consentimiento en el derecho penal

<sup>(7ii)</sup> En este sentido también el art. 38, N° 2 del C. P. portugués, '\*'. N. d. T: Obviamente, por las mismas razones, también es válida la contribución para la interpretación del art. 20, numeral 10 del C. P. peruano

294

ba de la intensa cooperación científica que desde hace décadas tiene lugar entre nuestros países en el campo del Derecho Penal. ¡Por ello este estudio se dedica, por su 70mo. cumpleaños, a Eduardo Córrela, uno de los más importantes doctrinarios en este campo del Derecho penal y uno de los grandes intermediarios entre los ordenamientos jurídicos, agradeciéndole, honrándole y deseándole mis mayores parabienes!

295

## El principio de culpabilidad y sus cambios<sup>^</sup>

<\*> Publicado en el *L.-H.* a Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, p. 519 a 535, bajo el título: «Das Schuldprinzip im Wandel».

El principio de culpabilidad y sus cambios

El principio de culpabilidad forma parte de uno de los temas centrales del trabajo científico durante la vida de Arthur KAUFMANN. Ya su tesis doctoral sobre «Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts» [«La conciencia del injusto en la teoría de la culpabilidad del Derecho penal»] (1949) precisa las exigencias de éste principio en el campo de la teoría del error, teoría en aquellos tiempos muy poco clara, tanto legal como científicamente. Su trabajo para acceder a la cátedra, «Das Schuldprinzip» [«El principio de culpabilidad»] (1961, 1976, segunda edición) constituye la primera amplia «investigación de Derecho penal y de filosofía del Derecho»<sup>(1)</sup> sobre la problemática, y desde entonces el autor se ha confrontado en numerosas monografías<sup>(2)</sup> con las diferentes discusiones actuales sobre el

<sup>(1)</sup> Según el subtítulo del libro. <sup>(2)</sup> Solamente mencionaré:

- a.) «Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens **im** Strafrecht», *JZ*, 1967, p. 553 y ss. (= "Das Schuldprinzip", 2ª ed., p. 263 y ss. --Strafrecht zwischen Gestern und Morgen», 1983, p- 9 y ss.).
- b.) «Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *L.-H.*, a Richard Lange, 1976, p. 27 y ss. (= «Strafrecht zwischen Gestern und Morgen», 1983, p. 69 y ss.).
- c.) «Schuld und Prävention», *L.-H.* a Wassermann, 1985, p. 889 y ss.
- d.) «Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht», *Jura* 1986, p. 225 y ss.

El principio de culpabilidad y sus cambios

principio de culpabilidad. Arthur KAUFMANN siempre ha sido desde el principio un convencido partidario del principio de culpabilidad, y aun lo sigue siendo hoy en día. Pero el tenor de sus tomas de posición -y, como se mostrará más adelante, también su entendimiento de contenido sobre el principio de culpabilidad- han sufrido sustanciales modificaciones con el transcurso de las décadas. En el prefacio a su trabajo para acceder a la cátedra, KAUFMANN opinaba que el principio de culpabilidad sería «tolerado más o menos como algo evidente que no debe discutirse más», de modo que lo que a él le importaba era también, en lo esencial, problematizar lo aparentemente aceptado de manera general (p. ej. mediante la tesis de que sería imposible una pura realización del principio de culpabilidad). Por el contrario, un artículo escrito 25 años más tarde<sup>(ii)</sup>, autodenominado «fuera de su tiempo» (en el sentido de Nietzsche) comienza con: «En estos momentos, el Derecho penal de la culpabilidad se encuentra en una crisis. Exteriormente esto se documenta con una serie de monografías que se manifiestan críticamente e incluso con postura adversa al principio de culpabilidad».

Luego, ahora más que nunca, el principio de culpabilidad se encuentra en discusión. Arthur KAUFMANN lo denomina una «de las piedras angulares sobre las que descansa nuestro Derecho penal»<sup>(4)</sup> y últimamente previene «insistentemente» contra su abandono<sup>(3)</sup>: «Pues lo que se sacrifica con la idea de la culpabilidad es nada menos que la liberalidad del Derecho penal». Por otro lado, los opositores quieren borrar el concepto de culpabilidad del Derecho penal<sup>11</sup>. Acogiendo

Los artículos se superponen y contienen parcialmente partes que se corresponden mutuamente o que dicen lo mismo, pero cada uno de ellos también [trae a colación nuevos o diferentes aspectos del tema.

<sup>(3)</sup> Igual que en nota 2, d), p. 225.

<sup>(ii)</sup> Igual que en nota 2, d), p. 225.

<sup>(ii)</sup> «Das Schuldprinzip», prólogo a la primera edición, p. 7. De manera muy en el prólogo a la segunda edición, p. 7: el principio no habría «perdido nada de su...importancia fundamental para el Derecho penal».

<sup>(ii)</sup> «Das Schuldprinzip», prólogo a la primera edición, p. 7. De manera muy parecida en el prólogo a la segunda edición, p. 7: el principio no habría «perdido nada de su...importancia fundamental para el Derecho penal».

<sup>(ii)</sup> Solamente mencionaré aquí a los dos autores de las más recientes exposiciones monográficas sobre el tema, sobre las cuales el propio Arthur Kaufmann

3ÜO

El principio de culpabilidad y sus cambios

la antigua crítica al Derecho penal y recurriendo a posiciones modernas de la Criminología, la Sociología y la teoría del Derecho estos autores argumentan que la libertad de voluntad como presupuesto de la culpabilidad no puede ser probada empíricamente ni tampoco comprobada en lo forense, y que la «culpabilidad» sería un concepto sin claridad semántica, cargado emocionalmente, recargado por las tradiciones filosóficas y teológicas, así como por los prejuicios teóricos cotidianos. Su función dominante en el Derecho penal impediría la asimilación jurídica de descubrimientos criminológicos y postulados de política criminal. Por ello, la culpabilidad tendría que ser reemplazada por criterios de imputación más racionales, más apropiados y más exactos.

Desde hace ya tiempo he tratado de servir de intermediario en esta discusión<sup>\*71</sup> y con ello he ganado, en parte crítica y en parte aprobación. El objetivo de esta contribución es continuar la conversación con mi amigo Arthur KAUFMANN sobre nuestro tema común, pero simultáneamente también difundir entre los opositores categóricos al principio de culpabilidad, la comprensión de que sus objetivos en gran parte justificados, no exigen, es más, ni siquiera evidencian una nuncia al principio de culpabilidad.

re-  
H

<sup>(i)</sup> Comp. solamente;

- a) «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS* 1996, p. 377 y ss.
- b) «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1970, 2<sup>a</sup> ed., 1973.
- c) «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *MSchrKrim* 1973, p. 316 y ss.
- d) «Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien», *L.-H.* a Heikel, 1974, p. 171 y ss.
- e) «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *L.-H.* a Bockelmann, 1979, p. 279 y ss.
- f) «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), p. 641 y ss.
- g) «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», *SrhwZSt* 104 (1987), p. 356 y ss.

301

Kl p f] pe ipi ot/e\_ cu Ipabj jidad\_y ñisca inbiot^

principio de culpabilidad, la comprensión de que sus objetivos en gran parte justificados, no exigen, es más, ni siquiera evidencian una nuncia al principio de culpabilidad.

re-

H

La versión del principio de culpabilidad que defiende desde la época del Proyecto alternativo de parte general (1966) -con algunos desplazamientos de acentuación en cuestiones particulares- debe tomar en cuenta las objeciones de sus opositores y preservar sin recortes aquellos logros en aras de los cuales se argumenta tan apasionadamente. A manera de tesis, la concepción puede ser resumida como sigue: 1. La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues ésta no puede ser probada. Y si ella lo fuese, en todo caso, durante el posterior juicio oral ya no podría verificarse con métodos psicológicos o psiquiátricos un «poder actuar de diferente manera» en el momento del hecho. Dado que este dato es indiscutible y tampoco puede eliminarse mediante «reconocimientos» hacia la libertad y la culpabilidad, el Derecho penal se ve en la imperiosa necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad. Esto no implica una indiferencia digna de reproche. Lo que pasa es que no existe ninguna otra posibilidad, pues las fronteras del saber humano escapan a las posibilidades jurídicas disponibles.

Pero esa necesaria modestia no nos impide reconocer la aprobación recíproca de la libertad como regla de juego social, como imposición normativa y principio jurídico de regulación. Si se puede comprobar que una persona era alcanzable en la situación concreta por el llamado de la norma («asequible normativamente»), y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos -lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente- partimos de que éste, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente.

Entonces, la suposición de libertad, en la medida en que sobrepasa nuestro saber empírico, es una imputación, pero que no ocurre arbitrariamente. Pues, por un lado, ella tiene un sustrato real {la

302

El principio de culpabilidad y sus cambios

asequibilidad normativa en el momento del hecho) y, por otro lado, todo el ordenamiento jurídico se basa en la conciencia de libertad de la persona como un hecho psicológico-social que no puede ser eludido. El Derecho penal tampoco puede desprenderse de esto si quiere ser aceptado socialmente y motivar al seguimiento de la norma. Todo deber ser pierde su sentido cuando no se reconoce al destinatario «normal» de la norma el poder necesario para seguirla y no se le hace responsable por su mal uso.

2. Luego, en el sentido del Derecho penal, actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible (lo cual no sucede p. ej. en los estados de excepción del art. 20 o en caso de un error de prohibición invencible). Dicho concepto de culpabilidad es claro, sobrio y aplicable en la práctica forense. Se contenta con las comprobaciones que son indispensables para una imputación individual en el Derecho penal. No puede ser alcanzado por el reproche de vaguedad semántica y de sobrecarga metafísica. Naturalmente, cada uno es libre de vincularlo con ideas filosóficas o teológicas sobre la culpabilidad, pero tal elevación metafísica no influye en el aprovechamiento penal de este concepto.

3. La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (y «fundamenta» a ésta en este sentido), pero no legitima ninguna retribución. El pensamiento kantiano de que la idea de justicia exigiría una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y de que la «esencia» o el «sentido» de la pena radicaría con ello en la retribución, es de naturaleza irracional y no es compatible ni con un concepto de culpabilidad libre de metafísica, ni tampoco en absoluto con el Derecho penal de un moderno estado democrático. Pues éste no puede tener otra tarea que preservar una pacífica vida común y seguras bases de existencia a sus ciudadanos.

4. Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva: éste debe impedir para el futuro acciones insoportables, dañosas socialmente, influyendo en el autor y en la colectividad. Si además hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para limitar el poder estatal de intervención en la

303

El principio de culpabilidad'  
sus cambios

persecución de fines penales preventivos. En aras de la libertad del individuo no queremos penar al inocente, y también al culpable solamente lo queremos penar en la medida de su culpabilidad. Entonces, la culpabilidad nunca exige una pena; solamente su ausencia excluye la pena y su magnitud determina la frontera máxima de la pena.

5. Si la culpabilidad es necesaria para la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (p. ej. la reparación civil) en tanto ¡ exigencias preventivas lo evidencien o por lo menos lo permitan. Para esto debe atenderse a necesidades mínimas de prevención general: luego, la pena, aun cuando esté por debajo de la medida de culpabilidad, debe ser todavía aceptada socialmente como suficiente y debe poder restablecer la paz jurídica. Si lo hace, tendrá que ser, por lo demás, determinada según exigencias de prevención especial, pero ¡ sin que con esto su duración llegue a sobrepasar la medida correspondiente a la culpabilidad. También dogmáticamente se puede aprovechar la permisión de quedar por debajo de la culpabilidad, p. ej. liberando de pena a la imprudencia mínima o a la culpabilidad mínima en el error de prohibición, en la medida en que lo permitan exigencias preven (ivas y la ley admita esta interpretación.

6. Tal concepción es puramente preventiva en los objetivos, pero en el marco de lo socialmente posible -es decir, de lo tolerable desde la prevención general- asegura la libertad individual en el mayor grado imaginable: no debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: sólo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible.

### III

Si uno se pregunta, en qué medida la idea de Arthur KAUFMANN sobre el principio de culpabilidad puede armonizar con la concepción

304

previamente esbozada, deben distinguirse su concepción antigua y su concepción nueva.

1. Ya en el «Schuldprinzip»<sup>(1)</sup> KAUFMANN parte de -y persevera en ello hasta ahora- una libertad de voluntad que para el, siguiendo a Nicolai Hartmann, consiste en una libertad para la sobredeterminación del curso causal, que no proviene «de una estructura causal del mundo». Esta libertad «no podría ser comprobada de manera obligatoria» porque sería idéntica «con la aptitud humana para la autorrealización espiritual». A la indicación de una «inseguridad de nuestra cognoscibilidad» se opone el «riesgo [Wagnis] de la decisión».

Me parece que entre mis formulaciones tímidas y la concepción de KAUFMANN no existe una diferencia irreparable. Ambos partimos -por regla general- de la libertad y de la culpabilidad sin discutir su posibilidad empírica de prueba. Según mi entender, no podemos saber ciertamente sí el «acto de libertad moral», como KAUFMANN entiende la sobredeterminación del acontecer causal, «no proviene de la estructura causal del mundo» o que por su parte este sometido a una determinación psíquica. Pero la cuestión no es -jurídicamente formulado- relevante para la decisión. El que uno haga suya en un «riesgo de decisión» la presunción de libertad por motivos ético-filosóficos o el que se la tome como hipótesis político-criminal y final de regulación, no implica ninguna diferencia para la aplicación práctica. Ninguna concepción de la culpabilidad, sea como se la fundamente, puede investigar en la práctica forense más que una asquibilidad normativa del inculpaado, existente en el momento de los hechos.

KAUFMANN choca continuamente con mi tesis -que, por lo demás, se corresponde con la opinión dominante- de que el Derecho penal tendría que y podría dejar incólume la realidad empírica de la libertad de voluntad y la culpabilidad. Dado que la culpabilidad en el Derecho penal sólo tendría la tarea de colocar un límite impuesto por el Estado de Derecho a la persecución de fines preventivos, es decir que solamente tendría efectos favorables al autor, no tendría necesi-

P. 279-282.

dad de ninguna prueba al igual que otras imposiciones normativas que garantizan la libertad. KAUFMANN opina críticamente al respecto<sup>91</sup>: «Con esta argumentación se podría, por último, dejar en el limbo a todos los elementos del delito, no solamente a la culpabilidad. Aparte de ello, es ciertamente sólo la culpabilidad, la cual existe y puede ser comprobada, quien es capaz de delimitar la punibilidad».

Creo que aquí hay malentendidos. La libertad y la culpabilidad, en tanto escapan a la comprobación empírica por estar más allá de la «determnabilidad normal a través de motivos», si bien son atribuidas normativamente, sin embargo siguen siendo tomadas como base. Visto penalmente, no es el elemento del delito de la culpabilidad el que queda en el limbo, sino la realidad de las ciencias naturales o aunque sea la posibilidad de comprobación de la libertad de voluntad. Pero esto no lo puede cambiar nadie, tampoco un «riesgo de la decisión». Por lo demás, también el juicio de antijuricidad es una atribución normativa, sin que por ello su aprovechamiento jurídico tenga que ser ilegítimo. Y frente a la objeción de que solamente podría «delimitar la punibilidad...una culpabilidad, que existe y que puede ser comprobada», hay que indicar que aquí nuevamente se deja sin separar suficientemente la dimensión jurídica de la empírica. Los principios de proporcionalidad y de igualdad, la dignidad humana, numerosos derechos personalísimos y la reserva de intervención establecen variados límites a las medidas estatales. Pero la existencia y la capacidad de comprobación de todos estos límites permanecen en la esfera normativa, sin alterar su vinculación a hechos objetivos. Para el efecto delimitador de la intervención penal que tiene el principio de culpabilidad tampoco se necesitan más posibilidades de comprobación.

2. Por cierto que la oposición de KAUFMANN a tal concepto «jurídico» de culpabilidad tiene su motivo profundo en que quiere hacer valer la culpabilidad sólo como fenómeno moral. Para él existe<sup>101</sup> la «culpabilidad jurídica solamente como culpabilidad moral... En el fon-

<sup>91</sup>) Últimamente *en Jura* 1986, p. 228 y s. <sup>100</sup>) *Das Schuldprinzip*, p. 197 j, s.



El principio de culpabilidad y sus cambios

do no hay ninguna culpabilidad especial religiosa, ética, jurídica y política que ... puedan separarse entre ellas... Lo que se designa como culpabilidad jurídica es, o bien un fenómeno moral, o ninguna culpabilidad -pero entonces tampoco es una causa posible para la intervención punitiva». De ello se vuelve a derivar pues «la naturaleza moral de la pena»<sup>111</sup>: «En el padecimiento por la culpabilidad radica la justificación moral para la pena»; esto significaría «una capitis deminutio moral»<sup>112</sup>. El autor, a través de su culpabilidad, -«habría hecho caducar en parte su pretensión de ser respetado como persona»; recién a través de la pena obtendría de nuevo «la plena propiedad de su dignidad personal»<sup>113</sup>. Por cierto que ésta constituye aquella posición idealista que hoy en día apenas es compartida por alguien y cuya reprobación ha llevado a tantos críticos a rechazar de plano el Derecho penal de la culpabilidad. También mi concepción de la culpabilidad se ha desarrollado, contradiciendo esta concepción metafísica-ética del Derecho penal de la culpabilidad que niega su autonomía y la recarga con problemas filosóficos y teológicos que están más allá de la competencia del jurista. El Derecho penal debe proteger el ordenamiento social de la paz y los fundamentos vitales de la sociedad dentro de las fronteras designadas por el principio de culpabilidad. La realización de valores éticos no es tarea estatal ni tampoco podría ser prestada por el Estado. Con su culpabilidad ética el autor debe confrontarse ante el forum de su propia conciencia; el Derecho penitenciario puede incluso darle las posibilidades para ello en el mejor de los casos. Las reglas del proceso penal, en todo caso, no son apropiadas para comprender y sopesar la culpabilidad ética. Para la declaración penal de culpabilidad no se necesita más que el Juez compruebe que el autor es imputable y ha realizado el injusto penal sin causas legales de exculpación.

¿Pero acaso Arthur KAUFMANN se aferra a su concepto universal de culpabilidad moral con las implicaciones arriba explicadas para el <u>Das Schulprinzip, p. 201. <sup>111 Das Schulprinzip, p. 205. <sup>112 Das Schulprinzip, p. 201. 307

Ej\_pncipig\_Jecilpabijidgd\_yiiii cambios

ámbito del Derecho penal? Lo cierto es que él todavía rechaza la idea de una «culpabilidad jurídica» pura<sup>114</sup>. Pero seguramente no se le interpreta incorrectamente cuando se destaca que KAUFMANN deriva el principio de culpabilidad cada vez más de la finalidad penal de resocialización (en vez de la ética). 25 años después de su «Schuldprinzip» escribe<sup>115</sup>: «El principio de culpabilidad remite al principio de responsabilidad. A su vez, la idea de resocialización se funda en el principio de responsabilidad. Las personas que no son responsables pueden ser vigiladas, quizás puedan ser curadas o adiestradas, pero no resocializadas».

Esto es problemático en la medida en que difícilmente puede denegarse el objetivo (re-)socializante a la «mejoría» [Besserung] en el sentido de las medidas de seguridad. Pero es seguramente correcto que la resocialización es, en lo central, educación para la auto responsabilidad y exige la cooperación del delincuente. Sobre si la resocialización presupone además una asunción autorresponsable de la culpabilidad por el condenado, tal como KAUFMANN lo exige<sup>116</sup>, es para mí dudoso. También puede ser que el autor -y eventualmente incluso con razón- atribuya su fracaso, ante las exigencias de la sociedad, a los déficit de socialización no debidos a él y, a pesar de todo, procure superarlos con éxito. Pero, en todo caso, constituye un importante elemento de resocialización la comprensión de que resulta necesario responder por las acciones punibles y tener que asumir en el futuro también la responsabilidad por una vida libre de pena. Sin embargo, un concepto penal de la culpabilidad, tal como lo defiendo yo, también puede cumplir esta tarea, ya que no renuncia a hacer responsable al autor por su conducta y dado que la necesidad de sanciones punitivas puede también ser entendida sin mayores reservas morales a partir de las condiciones de existencia de la sociedad. La prédica moral, en todo caso, tampoco es un medio recomendable des-

<sup>114</sup> Camp. solamente nota 2, a, "Das Schuldprinzip", 2ª ed., p. 2(57) dentro de y en relación con la nota 58.

<sup>115</sup> ^ Jura 1986, p, 231.

<sup>116</sup> Nota 2, a, -Das Schuldprinzip», 2ª ed., p. 272.

308

### El principio de culpabilidad y sus camliu

de la perspectiva de la pedagogía criminal. Pero, independientemente de diferencias en la acentuación en particular, KAUFMANN y yo nos encontramos muy cercanos en la importancia que atribuimos a la resocialización. En todo caso, KAUFMANN da un gran paso hacia un Derecho penal preventivo mediante la estrecha vinculación entre culpabilidad y resocialización.

3. Este acercamiento todavía se vuelve más claro cuando se observan las consecuencias que resultan para el principio de la retribución de un concepto de la culpabilidad más orientado en los fines de la pena. KAUFMANN había entendido originariamente la pena como "Sufrimiento por la culpabilidad" (es decir como retribución compensadora)<sup>17</sup> y exigido consecuentemente que la culpabilidad tenga que experimentar pena incluso cuando no fuera preventivamente necesaria o siquiera dañina. Proclamó la «doble faceta del principio de la culpabilidad», la cual exige «que no solamente la pena debe corresponderse con la culpabilidad, sino la culpabilidad también hace necesaria la pena»<sup>18</sup>. Uno «... debería cuidarse de querer justificar la pena mediante su finalidad resocializadora»<sup>19</sup>. «Los fines preventivos de la pena ... pueden ... merecer ser perseguidos, sin embargo, no constituyen lo esencial de la pena por culpabilidad, pues la pena también tiene que darse cuando los fines mencionados no pueden ser alcanzado con seguridad». Y, todavía más fuerte: «El culpable merece la pena incluso cuando ella resulta no tener una finalidad político-criminal». En la «forma de la retribución justa ... la pena sirve al mismo tiempo para la expiación del delincuente ...»<sup>20</sup>. El principio de culpabilidad con su doble faceta es «un principio del mundo moral, una *lex naturalis*, y por ello tiene absoluta vigencia»<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> "Das Schuldprinzip», p. 201.

<sup>18</sup> «Das Schuldprinzip», p. 201; en la p. 208 se enfatiza nuevamente que lo que importaría «decisivamente» es esta «doble faceta».

<sup>19</sup> «Das Schuldprinzip», p. 206. «-» -Das Schuldprinzip», p. 206. «-» «Das Schuldprinzip», p. 208.

El principio de culpabilidad y sin i.m.i.c.

Pero ya en 1967 KAUFMANN, orientándose fuertemente en la prevención especial, vuelve a desistir de esta doble faceta del principio de culpabilidad y con ello de la defensa de una pena retributiva a imponer independientemente de su necesidad político-criminal o de su dañosidad<sup>22</sup>. Ahora destaca él mismo que «la idea de retribución, desde la perspectiva político-criminal, no ha caído en desgracia porque sí», y se pregunta si «la asociación: pena por culpabilidad = pena retributiva [estaría] en el fondo realmente fundada». Su respuesta es ahora un claro «no». El castigo no significa (o no significa más) para él retribución, sino «que el culpable confronta su culpabilidad, la asume autorresponsablemente y así se libera nuevamente del reproche de haber fracasado». Ahora resulta que el castigo sería «no una retribución, sino muy por el contrario» no existiría una correspondencia entre culpabilidad y retribución. «No se puede 'retribuir' de ninguna manera la culpabilidad». La culpabilidad tiene ahora para KAUFMANN, además de la delimitación de pena, solamente la función de posibilitar castigo y resocialización.

Esto se corresponde (con reservas por las desviaciones mencionadas bajo el punto 2) ampliamente con la concepción también defendida por mí. En la medida en que el Derecho penal de la culpabilidad es criticado como metafísico, represivo y enemigo de lo empírico, la crítica justificada siempre alcanzará solamente a la retribución y no a la permanencia en una culpabilidad cuyo contenido solamente sirve para la legitimación de un Derecho penal resocializador.

4. De ello resulta que la nueva concepción de KAUFMANN es una teoría preventiva que se aparta ampliamente de su concepción originaria de la pena. KAUFMANN dice ahora<sup>23</sup> «que únicamente en aras de la culpabilidad está justificado realizar, mediante penas, la protección de bienes jurídicos necesaria para la comunidad, pero esto también ocurre sólo mediante tales penas cuya ejecución esté dirigida primariamente a la resocialización del autor». Aquí se trata, entonces, de la

<sup>22</sup> Igual que en nota 2, a, «Das Schuldprinzip», 2<sup>a</sup> ed., p- 271 y s. <sup>23</sup> Igual que en nota 2, a, «Das Schuldprinzip», 2<sup>a</sup> ed., p. 276.

El principio de culpabilidad y sus cambios

protección de bienes jurídicos mediante la prevención especial y ya no de otorgar validez absoluta a una «lex naturalis».

Por cierto que, «en los delitos más graves», KAUFMANN\*<sup>24</sup> quiere seguir pensando también «cuando esto resulta inútil, quizás incluso irracional, desde la idea de prevención», de manera que en tales casos para él nuevamente «el sentido de la retribución de la pena... se abre paso». Esto me parece contradictorio e innecesario en vista de la anteriormente anunciada renuncia a la retribución, pues las exigencias de la prevención general integradora cubren plenamente la punición de dichos delitos (p. ej. crímenes violentos del nacional-socialismo)<sup>(2:1)</sup>. KAUFMANN mismo dice: «Si no se respondiera a los delitos graves con la correspondiente pena, esto tendría que corromper la actitud interna de las personas decentes». Esto es ciertamente correcto, pero precisamente por ello la punición no es «inútil» o «irracional» para la Política criminal, sino necesaria. Tales rudimentos de la antigua concepción retribucionista no pueden, sin embargo, cambiar en nada que en total se juzgue que la nueva teoría de KAUFMANN es una teoría relativa de la pena y ya no una absoluta.

Si se renuncia a la doble faceta del principio de culpabilidad, de tal manera que, entonces, la culpabilidad ya no exige necesariamente una correspondiente pena, esto tiene ya consecuencia de que también están permitidas las penas por debajo de la culpabilidad o las demás sanciones leves. También KAUFMANN opina sobre esto de la siguiente manera<sup>1361</sup>:

«Visto desde la culpabilidad, no puede ser necesaria una pena que vaya más allá de lo que es necesario para el castigo y la expiación». Se refiere expresamente a BRAUNECK<sup>(a7)</sup>: «Lo que 'mere-

<sup>(24)</sup> Igual que en 2, a, «Das Schuldprinzip», 2<sup>5</sup> ed., p. 275 y s.

<sup>(a7)</sup> En el *L.-H.* a Wassermam, (ver nota 2, c) KALTMANN mismo habla en este contexto de la idea de la "prevención general positiva» (p. 895).

<sup>1361</sup> Igual que en nota 2, a, «Das Schuldprinzip», 2<sup>B</sup> ed., p. 275. Casi textualmente también en *L.-H.* a Wassernian (igual que en nota 2, c.), p. 895, y en *Jura* 1986 (igual que en nota 2, d), p. 229.

<sup>(2\*)</sup> Igual que nota 2, a, «Das Schuldprinzip», 2<sup>S</sup> ed., p. 275.

."principio

ce<sup>1</sup> el autor por su culpabilidad en el hecho, no puede ser de ninguna manera determinado sin considerar aquello que 'necesita'<sup>(HN)</sup>. Luego, la pena debe ser medida siguiendo necesidades de prevención especial y puede, en cualquier caso, quedar por debajo de la medida de una pena retributiva en cuanto esto sea deseable según la prevención especial. Así como es infinitamente saludable desprenderse de la retribución como principio para la medición de la pena, así también me parece atacable la fundamentación de KAUFMANN. Veo en ella un doble peligro, pues sí la culpabilidad solamente exige tanta pena como «sea necesaria para el castigo y la expiación», esto puede entenderse como que por lo general ya no es apropiada una pena tan pronto como el autor «asume autorresponsablemente» su culpabilidad y la «expía» de esa manera. Pero esto no sería aceptable, porque el reconocimiento de culpa, el arrepentimiento y la voluntad de mejorar no significan aún en absoluto una (re-)socialización dado el caso de personas inescrupulosas, tal como los delincuentes lo son frecuentemente. Además, las exigencias mínimas de prevención general tampoco pueden ser dejadas totalmente de lado en caso de autores «dispuestos al castigo». Luego, por motivos preventivos, a menudo tendría que irse más allá de tal «pena de culpabilidad», la cual perdería con ello su fuerza limitadora de la intervención. Por cierto que resulta más probable que KAUFMANN quiera decir que la culpabilidad justificaría la pena que el autor «necesita» para una verdadera resocialización. Pero también en caso de tal equiparación de la pena de culpabilidad con la pena necesaria para la resocialización, el principio de culpabilidad perdería la función limitadora de intervenciones preven ti vo-cspe-ciales y, con ello, una parte esencial de su efecto protector propio de un Estado de Derecho.

El motivo para estos desacuerdos me parece que radica en que KAUFMANN no considera a la culpabilidad solamente ni tampoco siquiera en primera línea como medio para limitar la pena, sino también

MSchrKrim 1958, p. 143.

El principio de **culpabilidad** y sus cambios

quiere deducir de ella el contenido de la pena. Esto es posible y necesario desde la base del Derecho penal retributivo clásico, pero apenas puede ser compatible con una teoría preventiva. Sin importar esto, puedo, no obstante, comprobar que existe coincidencia con KAUFMANN en el punto decisivo de que la pena, en todo caso, no tiene que determinarse necesariamente según la medida de la retribución compensadora de la culpabilidad, sino que puede ser atenuada según necesidades de prevención especial. Cuando KAUFMANN dice<sup>41</sup>: «Por ello debería renunciarse a la pena privativa de libertad en la medida de lo posible a favor de aquellas penas que prometen mayor éxito resocializador», esto merece aplauso sin discusiones.

6. Finalmente, también la idea desarrollada por mí sobre la limitación recíproca entre la culpabilidad y la prevención encuentra varios puntos de apoyo en la nueva concepción de KAUFMANN. Pese a la dificultad anteriormente expuesta (punto 5), en la delimitación de la medida penal de la culpabilidad y de la resocialización, KAUFMANN quiere utilizar la culpabilidad para limitar el poder estatal de intervención<sup>1311</sup>: «La culpabilidad tiene que limitar la medida de la pena...Es una debilidad incurable de un Derecho penal no orientado en la idea de culpabilidad, que no pueda proporcionar ningún principio de medida para la pena...». Él pretende extraer este principio de medida correspondiente a la culpabilidad «de la jurisprudencia de los tribunales penales comunicada recíprocamente». A través de ello se podrían reconocer «límites superiores suficientemente claros...que de ninguna manera deben ser transgredidos». Pero, dado que KAUFMANN, en lo demás, pretende medir la pena según principios preventivos y quedarse por ello debajo del nivel superior, también en él se encuentra la doble limitación de la pena preventiva a través de la medida de la culpabilidad y de la pena de culpabilidad mediante lo preventivamente necesario y preceptuado en lo objetivo, por cierto, sin que ello sea expresamente destacado.

Igual que nota 2, d./wra 1986, p. 231. Igual que nota 2, A, *Jura* 1986, p. 232.

313

El principio de culpabilidad y sus cambios

#### IV

Resulta entonces que, si bien entre la teoría de la culpabilidad y de la pena de KAUFMANN y mi propia concepción existen algunas diferencias de fundamentación, las cuales han llevado con razón a controversias teóricas, no obstante, en las cuestiones centrales y sobre todo en los resultados prácticos existe amplia coincidencia: ambos defendemos un -como quisiera llamarlo- Derecho penal preventivo de la culpabilidad, el cual ha abjurado de la retribución, configurando el contenido de la pena de manera preventiva (sobre todo de manera resocializadora) y limitándola mediante el principio de culpabilidad en cuanto a su motivo y a su magnitud. Además se podrá decir que el cambio que ha experimentado la comprensión del principio de culpabilidad de KAUFMANN con el correr de las décadas -sobre todo la transición de la doble faceta hacia la unilateralidad del principio de culpabilidad- se corresponde con un desarrollo del clásico y retributivo del Derecho penal de la culpabilidad hacia uno moderno y preventivo, tal como se puede observar de manera general.

No obstante, una y otra vez aparecen autores que quieren derogar totalmente el principio de culpabilidad. Quiera una breve confrontación con los dos intentos más recientes de este tipo mostrar si un Derecho penal de la culpabilidad, tal como aquí he esbozado, puede resistir a la crítica. Uwe SCHEFFLER, en su «Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts» (1985)<sup>(31)</sup> y en su «Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems» (1987)<sup>(32)</sup> reprocha todo tipo de Derecho penal de la culpabilidad, desde el punto de partida de la Criminología.

ix, *GA* 1986, p. 189 y ss ón de KLNZ, *GA* 1988, p. 430 y s.  
314

El principio de culpabilidad y sus cambios

1. El sistema de Derecho penal tendría «con el principio de culpabilidad su fundamento en un paradigma que aún hoy en día...regula...el proceso de punición...según el postulado del indeterminismo proveniente de la filosofía idealista y según el principio de retribución»<sup>(33)</sup>. Este paradigma impediría el aprovechamiento de descubrimientos criminológicos, especialmente de aquellos de la etiología, de la psiquiatría forense, de la investigación penal, sancionatoria y penitenciaria.

Esta crítica alcanza ciertamente al Derecho penal clásico de la retribución que el autor toma aquí por base. Una pena que solamente retribuyera en aras de una idea no puede tomar en consideración a lo empírico; los conocimientos criminológicos tienen que quedar fuera de consideración al escogerse y medirse la sanción, así como al configurarse la ejecución de la pena. Por cierto que este descubrimiento no es nuevo; precisamente él ha contribuido esencialmente a que en la más moderna versión del Derecho penal de la culpabilidad se renuncie al «idealismo», al «indeterminismo» y a la «retribución». Un Derecho penal de la culpabilidad, tal como SCHEFFLER lo toma como base para el resumen de su «Kriminologische Kritik», apenas si es todavía defendido por alguien, de manera que sería interesante saber cómo SCHEFFLER hace frente a las nuevas formas de un Derecho penal de la culpabilidad.

2. En el segundo tomo de su «Grundlegung» opina sobre mi teoría -para poner solamente a ella como ejemplo<sup>(M)</sup>- que resultaría «completamente inútil» para un sistema de Derecho penal orientado criminológicamente<sup>13-11</sup>. Él habría tratado de probar esto en su «Kriminologische Kritik». Pero si se hojeara allí<sup>(31)</sup> se encontrará que él

<sup><33></sup> «Kritik», p. 192.

<sup>[54]</sup> SCHIFFLER critica con las mismas palabras la concepción de MAIHOFEK, muy parecida a la mía, y repueba sobre todo la concepción de la culpabilidad de JAKOHS que aquí no va a discutirse.

<sup>(95)</sup> «Grundlegung», p. 105.

<sup>[31]</sup> «Kriminologische Kritik», p. 135.

315

El principio de culpabilidad y sus cambios

admite que según mi concepción «los conocimientos criminológicos, en la medida en que estos atañen a la prevención especial, también [podrían ser] considerados fuera de la simple compensación de la culpabilidad», aun cuando sólo hasta el límite de la medida de la culpabilidad. Pero él observa una insuficiencia: «Si un autor es encontrado culpable según los criterios de ROXIN, entonces se cierra el camino hacia la imposición de medidas en vez de penas. En estos casos, los puntos de vista preventivos pueden ser determinantes, además de para la fijación de la magnitud de la pena, sólo para determinar las consecuencias jurídicas según los arts. 47 y ss.» (¡lo cual ya es bastante!). «Aún subsistiría la divergencia entre el juicio de culpabilidad, que contempla al autor como capaz de responsabilidad, y los esfuerzos por influir terapéuticamente en el autor».

SCHEFFLER pretende, entonces, prescindir completamente del criterio de la imputabilidad y centrarse en un «principio objetivo del ser responsable»<sup>(37)</sup>, según el cual cualquier infracción de la ley provoca «medidas de seguridad». Obviamente él opina que de esta manera pueden incluirse más conocimientos criminológicos durante la imposición de sanciones. Pero -prescindiendo por ahora del problema del límite máximo de la sanción- esto no es cierto. Pues si bien los conocimientos criminológicos pueden ser introducidos en el sistema de consecuencias jurídicas sólo a través de sanciones orientadas preventivamente, sin embargo, si se sigue la concepción aquí defendida, la pena es tan orientada a la prevención como las medidas de seguridad. SCHEFFLER mismo enfatiza que en la «fijación del máximo de pena» y en la «determinación de las consecuencias jurídicas» serán determinantes los puntos de vista preventivos, incluso para un Derecho penal de la culpabilidad del tipo aquí defendido.

Así, su crítica se reduce a la «divergencia» afirmada por él entre el «juicio de la culpabilidad» y los «esfuerzos por influir terapéuticamente en el autor». Pero aquí él se equivoca completamente. Si, como SCHIFFLER evidentemente quiere, se hace depender la influencia terapéutica de que el autor sea tratado como incapaz de

<sup>(37)</sup>

«Grundlegung», p. 138.

316

### El principio de culpabilidad y sus cambios

responsabilidad, en los autores móviles normativamente se deja pasar la única oportunidad real de terapia social resocializadora: a saber, acceder al condenado, a quien se quiere educar para una vida sin hechos punibles, como a una persona responsable y trabajar cooperando con él en la superación de sus déficit de socialización. Bajo puntos de-vista criminológicos y preventivo-especiales, que tanto le importan a SCHEFFLER, es precisamente necesario conservar una categoría de la imputabilidad (y con ello de la culpabilidad), porque no se debe tratar igual que a enfermos mentales a personas normativamente asequibles, si se les quiere integrar socialmente.

Precisamente el Derecho penal de la resocialización en Norteamérica y Escandinava ha caído en descrédito porque allí se tendía a tratar al autor como a una persona incapaz y a someterla a una terapia obligatoria que, con razón, fue criticada como infamante y an (iliberal<sup>(iii)</sup>). La justificada oposición contra un Derecho penal de tratamiento como el de ese tipo ha promovido en estos países la tendencia -equivocada, por cierto- a regresar a un Derecho penal retribucionista «neoclásico». Ya en 1966, el proyecto alternativo<sup>139\*</sup> ha destacado que en la ejecución penal tendría que «accederse (al condenado) tomando en cuenta su autorresponsabilidad», y Arthur KALTMANN, tal como ya se expuso, ha destacado siempre con mucho énfasis la relación existente entre la resocialización y la responsabilidad. Con ello, él ya se había adelantado a los críticos del Derecho penal de la culpabilidad en cuanto a un entendimiento decisivo.

3. Para la medición de la pena SCH.Fn.ER quiere centrarse en la proporcionalidad en lugar de en el límite máximo de la culpabilidad<sup>140</sup>. El defiende y modifica la posición de ELLSCHEID/HASSEMER<sup>(41)</sup>, que

<sup>139</sup> Comp. sobre este desarrollo, con detalladas referencias, ROXLV, «Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik», *L.-H.* a Gagnér, 1991, p. 341 y ss. (345 yss.):

<sup>140</sup> «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil», 1969, art. 37, segundo párrafo, primera oración.

H) uGmndlegung», p. 79 y ss.

<sup>141</sup> «Strafe ohne Vorwurf», en *Civitas IX* (1979), p. 27 y ss.

### El principio de culpabilidad y sus cambios

Arthur KAUFMANN ha criticado repetida y, según mi parecer, convincentemente<sup>142</sup>. Para la medición de la sanción, SCHEFFLER quiere partir «de los tres principios de idoneidad, exigibilidad [Erforderlichkeit] y razonabilidad [Angemessenheit]»<sup>(43)</sup>. En esto la razonabilidad asume la verdadera tarea delimitadora: «Una sanción es en todo caso irrazonablemente elevada cuando sobrepasa la necesidad preventivo-general y con ello la necesidad de pena de la población, aun cuando todavía pueda ser idónea y exigible»<sup>(44)</sup>. Para ello rechaza la prevención general negativa por ser «completamente inútil... para un sistema de Derecho penal orientado criminológicamente»<sup>(43)</sup> y toma partido por la prevención integracionista.

¿Pero qué significa esto? Cuando empleé, seguramente por primera vez en la discusión científica<sup>146</sup>, el concepto de «prevención integradora», que ahora está en boca de todos, he destacado expresamente la «congruencia» de la pena por culpabilidad «con las exigencias de una prevención integradora motivada político-criminalmente», y he enfatizado: «Conservar el principio de culpabilidad significa una decisión de principio para la prevención integradora y sólo tolera una prevención intimidante dentro de sus fronteras»<sup>147</sup>. Por sus resultados, SCHEFFLER desemboca exactamente en esta solución: «Fundamentalmente sería razonable cualquier sanción que -en tanto idónea y exigible- se corresponda con la necesidad de pena de la sociedad, necesidad entendida como preventiva e integracionista»<sup>\*48</sup>.

Por cierto que él quiere ir todavía más allá de esta medida en el caso particular, a saber cuando «la necesidad de pena {es mayor que)

<sup>142</sup> De la manera más detallada en la monografía mencionada en la nota 2, b.

<sup>(43)</sup> «Grundlegung», p. 81. <sup>141</sup> «Grundlegung», p. 90. <sup>145</sup> «Grundlegung», p. 92.

<sup>144</sup> SCH.Fn.ER mismo («Grundlegung», p. 92) remite a la cita bibliográfica en el *L.-H.* a Bockelmann, 1979, p. 306.

<sup><\*7></sup> Las citas en: *L.-H.* a Bockelmann, 1979, p. 308, 306. <sup>146</sup> Sobre esto y lo que sigue: «Grundlegung», p. 139.

El principio de culpabilidad y sus cambios

el límite de lo razonable»; en ese caso él quiere encontrar la medida sancionadora ponderando los intereses del autor y los de la sociedad. Pero esto sigue siendo vago y sacrifica eventualmente la libertad individual frente a una «necesidad de pena» social que yo tampoco considero que sea legítima política-criminalmente, y cuya indeterminación supera considerablemente la del principio de culpabilidad.

Además, es de observar que al considerar la prevención general en la medición de la pena, la diferencia entre la capacidad de culpabilidad y la incapacidad de culpabilidad, que aparentemente había sido eliminada, vuelve a ser introducida. Y es que SCHEFFLER no querrá seguramente considerar aspectos de prevención general en la duración de las medidas de seguridad a imponerse contra enfermos mentales (!?)

4. SCHEFFLER se pronuncia además a favor de la reparación civil como sanción penal y también quiere hacer dogmáticamente fructífera su concepción criminológica, pretendiendo p. ej. dejar impunes las infracciones mínimas en caso de imprudencia y de error de prohibición, así como tomando en cuenta en general la menor necesidad de pena<sup>(49)</sup>. Todos estos son objetivos dignos de ser bien recibidos, pero pueden ser fundamentados de igual manera con ayuda de un Derecho penal preventivo de la culpabilidad que, motivado desde la política criminal, permita situarse por debajo de la culpabilidad. Así, desde hace tiempo he presentado propuestas correspondientes para la imprudencia y el error de prohibición, a las cuales también SCHEFFLER se refiere; y la idea de configurar la reparación civil como una tercera vía en nuestro Derecho de sanciones, ha sido trabajada de una manera muy rigurosa en el «Proyecto alternativo de la reparación civil» (1992), elaborado conjuntamente por mí. En todo caso tampoco puede verse en tal medida cómo es que una renuncia al Derecho penal de la culpabilidad debería llevar más lejos que la concepción de un Derecho penal preventivo de la culpabilidad.

5. Finalmente se plantea la cuestión de cómo quiere uno arreglárselas sin el efecto limitador de pena del principio de culpabilidad

(49)

sGrundlegung», p. 110 y ss.

319

1.1. i. u. ,i. ,ii- culpí bilí dad y sus i .

en la fundamentación de la pena. Con razón ha destacado Arthur KATIPMANN<sup>1501</sup> que el principio de proporcionalidad puede en todo caso asumir la función del principio de culpabilidad en la limitación del máximo de sanción (y. tai como hemos visto, esto solamente es así si se lo interpretase, en lo esencial, de una manera correspondiente con el principio de culpabilidad). Pero, ¿cómo debe excluirse la responsabilidad por el resultado, la causalidad, de la imputación penal, si ya no importa más la culpabilidad? ¿Cómo debe excluirse la responsabilidad por un *versan in re iüicita* (responsabilidad que puede justificarse plenamente bajo puntos de vista preventivos) si no es con ayuda del principio de culpabilidad? ¿Cómo debe fundamentarse el principio de coincidencia, es decir la exigencia de que el ser culpable del autor tenga que darse en el momento del hecho (comp. art. 20 C. P.) y no deba derivarse de hechos previos, a diferencia del principio de culpabilidad fundamentado en la función de Estado de Derecho?

De este catálogo de cuestiones (que no se agotan) SCHEFFLER trata solamente el problema de la causalidad y opina algo «vacilante»<sup>11</sup> que la teoría de la imputación objetiva podría «allanar...el peligro de una responsabilidad penal por el resultado». Ciertamente esto es verdadero, pero así no se dice que la tarea de la imputación es precisamente separar los resultados por los cuales la persona es responsable, de aquellos que ésta no puede evitar. Entonces, la teoría de la imputación objetiva constituye una de las expresiones más importantes del principio de culpabilidad, y quien la reconoce está aceptando objetivamente este principio.

6. Luego, se ve que la crítica criminológica de SCHEFFLER al Derecho penal de la culpabilidad lleva, en lo esencial, a los mismos resultados que un Derecho penal preventivo de la culpabilidad. Además, precisamente bajo aspectos criminológicos, orientados en el autor, no merecen aprobación las desviaciones, cuyo alcance no se puede avisar claramente (comp. así V, 2 y 3). Pero en suma la concepción de

(51) Igual que en nota 2, b, en «Strafrecht zwischen Gester und Morgen.», p. 73 y s.

(52) «Grundlegung», p. 77.

320

El principio de culpabilidad y sus cambios

SCHEFFLER, que irrumpe de manera tan radical, se mantiene en el marco de una teoría prevenüva de la pena, limitada por el principio de culpabilidad, que puede acoger perfectamente los conocimientos criminológicos en la medida en que esto también sea permitido por el espacio de libertad que le corresponde a un autor penal. En cualquier caso, no se puede hablar de un cambio de paradigma.

## VI

<sup>21</sup>, en el curso de sus esfuerzos por reemplazar el Derecho penal de la culpabilidad mediante un «Derecho de medidas de seguridad referidas al hecho», no invoca a la Criminología, sino a la «indeterminación semántica del concepto de culpabilidad». Ahora bien, es cierto que los principios más elevados del Derecho, debido a su necesaria abstracción para contenidos de diversa naturaleza, son abiertos y necesitan una concreción jurídica. Esto rige para la culpabilidad de manera exactamente igual que para la «libertad», «la dignidad humana» o la «igualdad». Así pues, también ha sido mi intención descargar al concepto de culpabilidad de sus variados elementos filosóficos y teológicos, indeterminados y ambiguos en su marco global, a fin de darle utilidad penal, así como un contenido jurídicamente claro, delimitador de la intervención (comp. II). BAURMANN mismo considera posible un sistema penal de la culpabilidad bajo el presupuesto de «una fijación autónoma que dé a un concepto de la culpabilidad, neutral para la política jurídica, indeterminado y semánticamente indeterminado, un contenido capaz de ser interpretado y de ser jurídicamente relevante».

Pero finalmente BAURMANN quiere renunciar completamente al concepto de culpabilidad, aunque conservando de todas maneras su

<sup>(5.)</sup> «Zweckrationalität und Strafrecht», 1987. Ya antes el mismo autor: «Schuldlose Dogmatik?», en: Lüderssen/Sack, «Abwekendes Verhalten», tomo IV, 1980, p. 19&-265; «Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit», 1981.

<sup>(SI)</sup> «Zweckrationalität», p. 261 y s.

El principio de culpabilidad

función protectora<sup>(54)</sup>: «Esta función protectora puede, por el contrario, ser cumplida efectivamente por los criterios de la 'dañosidad social' y de la 'motivabilidad' en el marco de un Derecho de las medidas [de seguridad] referidas al hecho; estos criterios no están vinculados a conceptos metafísicos y semánticamente vacíos de contenido, y por ello son idóneos para el trabajo y la concreción dogmática». Según esto, el máximo de pena debe ser determinado por la proporcionalidad, la que por su parte se guía en la medida de la dañosidad social, mientras que la capacidad de culpabilidad es reemplazada por el criterio de la motivabilidad (en el sentido de una asequibilidad normativa).

Pero con ello, la desviación frente a la teoría aquí defendida resulta ser meramente terminológica. Pues, los partidarios del principio de culpabilidad no discuten el que la medida de la culpabilidad sea determinada en lo esencial por la magnitud del injusto (es decir, la medida de la dañosidad social). Cuando BAURMANN continúa esforzándose en probar<sup>(55)</sup> que el hecho doloso sería, debido a su mayor «intensidad amenazadora», más dañoso socialmente que el hecho imprudente, mientras que autor atenuadamente imputable, en realidad, sería socialmente dañino de manera atenuada, ciertamente se puede discutir mucho sobre esas suposiciones; la identidad de los resultados con aquellos otros deducidos del principio de culpabilidad no se discute. El concepto de dañosidad social es, para emplear el propio argumento de BAURMANN, tan indeterminado semánticamente que puede ser interpretado también en el sentido del principio de culpabilidad. ¿Pero, qué es lo que se ganaría con este cambio de nombre -por lo demás dificultoso y no del todo convincente?

Algo parecido sucede con el reemplazo de la capacidad de culpabilidad mediante la «motivabilidad». Ante la objeción de que eventualmente podría motivarse también a enfermos mentales y niños, BAURMANN responde<sup>(36)</sup> que tendría que cumplirse con el presupuesto

<sup>(54)</sup> «Zweckrationalität», p. 306.

<sup>(55)</sup> «Zweckrationalität», p. 278-280, 295.

<sup>(58)</sup> «Zweckrationalität», p. 296.



El principio de culpabilidad y sus cambios

de «que la persona en cuestión sea motivahle en el marco de las relaciones interpersonales». Pero estas «relaciones ínter personal es» pueden ser entendidas sólo en el sentido de una aprobación recíproca de libertad y responsabilidad y, por ello, solamente constituyen una reescritura de la capacidad de culpabilidad. Y cuando BAURMANN<sup>157)</sup>, en los casos del art. 21 [culpabilidad atenuada] C. P., Índica como causa de atenuación de la pena que el autor sería motivado por factores «que, por lo menos parcialmente, no son imputables a él y que por tanto no puede ser hecho responsable por ellos», entonces es difícil entender que con estas palabras no se debe describir una culpabilidad atenuada, sino una dañosidad social atenuada. En su más reciente publicación sobre el lema<sup>(158)</sup>, BAURMANN retorna, conservando también el contenido de su concepción, a la utilización del principio de culpabilidad. Puede quedar pendiente de respuesta el que esto ocurra por motivos didácticos o porque el autor considera terminológicamente preferible invocar al principio de culpabilidad. En todo caso se nota que la concepción de BAURMANN, en lo objetivo, no discrepa en ningún punto esencial con la concepción aquí defendida<sup>159)</sup>. Este autor defiende un Derecho penal preventivo, fundamentado agudamente, libre de retribución y racional, que preserva todos los límites de intervención del principio de culpabilidad.

## VII

Y con ello llego al resumen: la larga y enconada disputa entre los partidarios y contrarios de un Derecho penal de la culpabilidad puede ser dejada de lado a través de un acuerdo resumido en un Derecho penal preventivo de la culpabilidad. Tal derecho pena por motivos exclusivamente preventivos, renuncia a la retribución, también deja

<sup>(57)</sup> «Zweckrationalität», p. 290.

<sup>(58)</sup> «Strafe im Rechtsstaat», en: Baurmann/KHemt, «Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat»; 1990, p. 109-159.

<sup>(59)</sup> Tal como se podría demostrar también a través de las numerosas y expresas referencias y concordancias tomadas en el libro de BAURMANN.

El principio de culpabilidad y sus cambios

realmente sin respuesta la pregunta incontestable de la realidad empírica de la libertad de voluntad, permite que por motivos preventivo-especiales la pena quede por debajo de la culpabilidad hasta los límites de las necesidades preventivo-generales mínimas, pero preserva en toda su magnitud las funciones limitadoras de la pena del principio de culpabilidad. También Arthur KAUFMANN, el amigo y autor de monografías sobre el principio de culpabilidad, a quien se dedica este trabajo deseándole afectuosos saludos por su 70mo cumpleaños, puede ser tomado en cuenta para las tesis centrales de esta teoría. Por cierto que quedan puntos de diferencia. Y está bien que esto ocurra, pues un problema como el de la culpabilidad en el Derecho penal nunca podrá ser archivado como si estuviera resuelto definitivamente, sino que tendrá que seguir siendo meditado una y otra vez.

# El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C. P.<\*>

<\*> Artículo publicado en dos partes en el JA 1990, p. 97-103 y 137-143, bajo el título: «Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB».

## I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA SEGÚN EL CONTENIDO TELEOLÓGICO DE LA REGULACIÓN

El estado de necesidad del art. 35, como claramente indica su tenor (párrafo primero, primera oración: «actúa sin culpabilidad»), ha sido concebido por el legislador como causa de exclusión de la culpabilidad. Con ello, la nueva parte general sigue la teoría diferenciadora en el tratamiento de los casos de estado de necesidad, la cual comenzó a imponerse en la ciencia alemana alrededor de 1930<sup>(1)</sup>. El estado de necesidad del art. 34 que descansa sobre una ponderación de intereses (y de manera correspondiente los casos de estado de necesidad de los arts. 228, 904 del C. C.) justifica, mientras que la situación del art. 35 solamente exculpa.

Esta diferenciación es, en principio, digna de aplauso, pues mientras que en el estado de necesidad justificante el actor ayuda a que se imponga un interés claramente preponderante, siendo valorada su intervención como socialmente provechosa y legal, la situación en el art. 35 es totalmente distinta. Esta disposición presupone que la cuestión jerárquicamente superior de la justificación de la conducta del autor tiene la función de negar expresamente que el proceder del autor pueda ser reprochado y declarado socialmente dañino<sup>(2)</sup>. Así,

<sup>(1)</sup> Más detalles sobre la teoría diferenciadora en KÜPER, «Grundsatzfragen der -Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», JuS 1987, p. 81 yss.

<sup>(2)</sup> Luego no debe dejarse sin contestar la cuestión sobre la existencia del art. 34 argumentando que, en todo caso el art. 35 intervendría. El TFA ha desconocido esto, NJW 1979, p. 2053/54. 327

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P

basarse necesariamente en una justificación, sino también puede tener sus causas en el hecho de que el legislador no considera indispensable la punición de la conducta desaprobada por él. Eso es lo que aquí ocurre: puesto que, si bien en los casos del art. 35, primer párrafo, primera oración, no es imposible un efecto motivador ni tampoco debido a las circunstancias extraordinarias debe esperarse que éste sea frecuente ante una conminación penal, dado que, además, apenas existe una necesidad preventivo-general para intimidar a otros debido a lo raro de estas situaciones, y dado que los autores de tales hechos tampoco necesitan un influjo preventivo-especial, una punición contra el infractor de la norma sería inapropiada desde el punto de vista de la Política criminal. Entonces, pese a la culpabilidad (disminuida) se practica tolerancia y se excluye la responsabilidad penal. Esto no significa una justificación, así como p. ej, tampoco están justificadas la tentativa de lesiones simples (art. 223) o los daños culposos por el hecho de que el legislador no los ha sometido a una pena.

La doctrina totalmente dominante también aprueba la decisión del legislador a favor de una causa de exclusión de la culpabilidad (en el más amplio sentido de la palabra). Por cierto que la ratio de la exculpación es discutible. La concepción antigua no atribuía de ningún modo la liberación de pena a la falta de necesidad de punición preventiva, siguiendo la opinión aquí propugnada, sino a la reducción de la capacidad para comportarse de conformidad con la norma. Se daría «una anormal afección de la libre determinación de la voluntad causada por circunstancias externas especiales», las cuales no permitirían que aparezca exigible «una conducta ajustada a la norma considerando el instinto de conservación» (RG, colección tomo 66, p. 225); «una presión espiritual extraordinaria» haría que la lesión a la norma sea disculpable (RG, colección penal, tomo 66, p. 398). Incluso los materiales de trabajo para un nuevo art. 33 invocan a la «sobrepresión que influye en la motivación»<sup>81</sup>.

<sup>(81)</sup> Informe de la Comisión especial para la reforma del Derecho penal, Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P

No obstante, este punto de vista no puede explicar por sí solo la exención de pena. En primer lugar, no queda claro por qué la restricción de la libertad de decisión excluye la pena en vez de rebajarla solamente, tal como ocurre en las causas de disminución de la culpabilidad. En segundo lugar, esta concepción no deja entrever por qué el art. 35, primer párrafo, segunda oración, hace una serie de excepciones a la exención de pena, pese a que la presión espiritual que abrumba al autor en estos casos es la misma<sup>4</sup>. En tercer lugar, desde este punto de vista sigue siendo incomprensible por qué el art. 35, segundo párrafo exculpa el error solamente en caso de su inevitabilidad, pues la presión psíquica es la misma, dando lo mismo que la situación de necesidad realmente haya existido o que el autor suponga su existencia bajo un error evitable o inevitable. También es apenas entendible psicológicamente por qué existe la limitación a los bienes jurídicos «vida, cuerpo, libertad»; una puesta en peligro de la existencia económica puede generar la misma presión espiritual, sin que pueda exculpar<sup>10</sup>.

Hoy en día predomina la concepción de que la liberación de pena en el caso del art. 35 se basa en una doble disminución de la culpabilidad<sup>11</sup>. La culpabilidad del autor se vería disminuida en primer lugar por la presión espiritual y, en segundo lugar por el hecho de que el autor en estado de necesidad no lesionaría solamente un bien jurídico, sino preservaría también otro. La doble disminución llevaría a la impunidad<sup>12</sup>. Pero tampoco esta doctrina es suficiente para

<sup>4</sup> Comp. ya antes ROXIN, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», segunda ed., 1973, p. 33 y s.; el mismo autor, «'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien», *L.-H.* a Henkel, 1974, p. 182 y ss.

<sup>10</sup> De acuerdo con todo esto sobre todo JAKOBS, «Strafrecht AT», 1983, cap. 20, n. marg. 1; TIMPE, «Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot», 1983, p. 2V7 y s.; el mismo autor, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrverbot», *JuS* 1984, p. 860.

<sup>11</sup> Al respecto detalladamente TIMPE, como en nota 10, «Strafmilderungen...», p. 284 y ss.

<sup>12</sup> Armin KUTMANN, «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», 1959, p. 156 y ss.; Rruoi mi, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Ate. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZSiW*, tomo 78, 1966, p. 81 y ss.; el mismo autor,

il mínimo de necesidad exculpante según el art. 35 C.E

explicar el art. 35. Ciertamente puede aclarar los casos de falta de exculpación (art. 35, primer párrafo, segunda oración) como constelación de injusto elevado por otros motivos y por ello merecedores de pena, mientras que el art. 35, segundo párrafo encuentra, desde esta perspectiva, encuentra su explicación en que en los casos de error no se preserva ningún bien jurídico. Pero entonces es incoherente que, según el art. 35, primer párrafo, primera oración, también se exculpe el intento frustrado de rescate, en el cual tampoco se produce el valor del resultado.

Debe dudarse por completo de si la disminución de injusto sea un punto de vista central para la exención de pena según el art. 35. Pues la cantidad del injusto realizado no depende solamente de qué es lo que el autor preserva, sino de cuan grande es el adicional de bienes jurídicos que lesiona<sup>13</sup>.

Quien expone a la muerte a numerosas personas para salvar su vida, es siempre punible, pese a que el injusto que queda después de descontar el «valor de resultado» y la culpa que le corresponde alcanzan un quantum mucho mayor que el de un homicidio común y corriente. También la circunstancia de que la mera disminución de injusto no sea considerada para nada en el C. P, habla en contra de la suposición de que la liberación de pena del art. 35 es deducida por el legislador en una mitad a partir de la disminución de injusto: quien salva a una persona cercana a costa de otro, permanece plenamente punible, pese a que la disminución de injusto, si tuviera efectos de exculpación, haría esperar por lo menos una causa de atenuación de la culpabilidad<sup>14</sup>.

La fundamentación aquí propugnada de la exclusión de responsabilidad, a partir de la teoría de los fines de la pena, evita las friccio-

«Notwehrverbot nach provoziertem Angriff», *JuS* 1969, p. 462; KÜJER, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkonkollision und übergesetzliche Emschuldigung», *JuS* 1971, p. 477. En los manuales y comentarios: *Wt.-W.L.*, «Das Deutsche Strafrecht», 1969, IIª ed., p. 178 y s.; Schönke/Schröder/LENCKMICK, «StGB», 23ª ed., 1988, com. previo art. 32, n. marg. III; *SK* (4ª ed.)-Ruiou'HI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 2, 3; *JKX:HKCK*, «Lehrbuch, AT», 4ª ed., 1988, cap. 43, III, 2, b.

<sup>13</sup> Acertadamente, JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 30, n. marg. 3.

<sup>14</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 3.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

nes de las otras teorías. Ella puede deducir sin problemas de la falta de una necesidad penal preventivo general o especial, la exclusión de pena según el art. 35, primer párrafo, primera oración, mientras que los casos restantes de punibilidad (art. 35, primer párrafo, segunda oración; art. 35, segundo párrafo; limitación a la vida, el cuerpo y la libertad) están condicionados por necesidades de prevención general: el deber del Estado de proteger bienes jurídicos no permite que las personas encargadas de conjurar peligros puedan evadir impunemente sus deberes (art. 35, primer párrafo, segunda oración); el mantenimiento del ordenamiento pacífico prohíbe que también puedan invocar así como así el art. 35 aquellas personas culpables por sí mismas de un peligro (art. 35, primer párrafo, segunda oración) o que erróneamente supongan su existencia (art. 35, segundo párrafo). El que el peligro de pérdidas económicas no pueda tener efecto liberador de pena se explica por el hecho de que en caso contrario la autoayuda podría desplazar al desarrollo jurídico ordenado y conducir a la sociedad al caos. También JAKOBS<sup>(iii)</sup> y su discípulo TIMPE<sup>(iv)</sup> recurren a la teoría de los fines de la pena para explicar la exclusión de responsabilidad, puntualizando que ellos, en correspondencia con el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs, explican la regulación del art. 35 sólo a partir de la falta o existencia de necesidades preventivo-generales, y repromueven la falta de una necesidad de influjo preventivo-especial como fundamento para la liberación de pena. TIMPE<sup>(iv)</sup> opina que también quien necesita de resocialización disfrutaría de la exculpación cuando actuara con motivo del art. 35, así como al revés es penado en los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, pese a la falta de una necesidad de resocialización. Pero estos argumentos entienden mal la teoría de los fines de la pena: cuando alguien actúa en la situación del

<sup>(iii)</sup> "Strafrecht, AT-", 1983, cap. 20, n. marg. 4.

<sup>(iv)</sup> Igual que en la nota 10, «Strafmilderungen», p. 296 y s.; «Grundfälle», 1984, p. 862 y s.

<sup>(v)</sup> Igual que en la nota 10, «Strafmilderungen», p. 296 y s.; «Grundfälle», 1984, p. 862.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

art. 35, su hecho no evidencia ninguna necesidad de resocialización; así, una tendencia delictual existente, independiente de esto, por sí sola es tan poco capaz de legitimar una necesidad de punición como tampoco una peligrosidad de quien todavía no se ha hecho punible. Y ciertamente las excepciones al principio del art. 35, primer párrafo, primera oración, no pueden explicarse como preventivo-especiales, sino como preponderantes del preventivo-generales. No obstante, esto se corresponde solamente con el principio general de los fines de la pena, en cuanto a que en caso de existir culpabilidad, eventualmente sólo necesidades de prevención general pueden hacer necesaria una punición. Pero nada de esto cambia el hecho de que el autor del art. 35 tenga que ser juzgado como una persona fiel al Derecho bajo circunstancias normales, que no necesita influjos preventivo-especiales y que, por ello, puede quedar exenta de pena en la medida en que esto sea tolerable por la prevención general.

## II. EL PELIGRO ACTUAL, NO CONJURABLE DE OTRO MODO

El legislador vincula la exclusión de responsabilidad a un «peligro actual, no conjurable de otro modo». Este mismo presupuesto también lo tiene el estado de necesidad justificante del art. 34. Dado que no existen motivos para una interpretación diferenciadora, estos conceptos no pueden ser interpretados de la misma manera para ambos preceptos. En especial tampoco se necesitará que el grado del peligro amenazante, es decir la probabilidad de que se produzca una lesión al cuerpo, la vida o la libertad, sea mayor que en caso del art. 34. Cuando p. ej. sólo se puede temer un resultado mortal con un 10 % de probabilidad, no hay sin embargo un peligro para la vida en el sentido del art. 35; el que sea impune cuando se mata a un tercero para evitar este peligro, no es una cuestión del peligro para la vida, sino de la exigibilidad según el art. 35, primer párrafo, segunda oración. Por el contrario, ya la presencia de un «peligro» presupone que es de esperar una cierta intensidad de la afeción al bien jurídico; una amenazante lesión corporal o privación de la libertad mínimas (sin importar la probabilidad) no pueden de ninguna manera constituir todavía un «peligro para la vida» o un «peligro para la libertad» en el sentido del art. 35, primer párrafo, primera oración. Ambos puntos de vista no han sido hasta ahora

El estado de necesidad exculpante según el [art. 35 C.R](#)

suficientemente separados ni por la jurisprudencia ni por la literatura. Es indiferente si el peligro proviene de personas, fuerzas naturales o cosas. El nuevo art. 35 no ha recepcionado la regulación del C. P. de 5,1871, el cual en el art. 52 oponía el estado de necesidad coercitivo proveniente de personas a los demás casos de estado de necesidad del art. 54, sino ha resumido todas las fuentes de peligro en un precepto. En la práctica, los peligros provenientes de personas son la mayoría. Los hay desde el homicidio de un tercero obligado por amenazas de asesinato (RGSt 64,30), pasando por la causación de una falsa declaración enjuicio mediante una amenaza de muerte (BGH, colección penal, tomo 5, p. 371 y ss.) o un grave maltrato (RG, colección penal, tomo 66, p. 98 y ss.) y la falsa declaración por temor a la venganza de opositores políticos (RG, colección penal, tomo 66, p. 222 y ss.) hasta la muerte del tirano de la familia que continuamente infería graves maltratos a sus parientes (RGSt 60, 318; BGH, NJW 1966,1823; NStZ 1984, 21). Pero también peligros para las cosas (RG, colección penal, tomo 59, p. 69 y ss.: la amenaza de derrumbe de una casa en estado de demolición) o las fuerzas naturales (RG.JW 1933, 700: la inundación; RG, colección penal, tomo 72, p. 246 y ss.: explosión de grisú en una mina) podrían convertirse en motivo de hechos antijurídicos y excluir la responsabilidad penal.

Precisamente en el estado de necesidad excluyeme de responsabilidad le corresponde una importancia especial al hecho de que la actualidad del peligro comprende períodos de tiempo considerablemente mayores que la actualidad del ataque en el art. 32. Esto rige sobre todo para los así llamados peligros duraderos, en los cuales un estado de peligro amenazante se puede transformar en cualquier momento en un daño, sin que pueda decirse exactamente cuando ocurrirá esto. Tal peligro duradero puede ser un peligro amenazante que proviene de cosas como la casa en estado ruinoso, la cual puede derrumbarse en cualquier momento o incluso recién meses después (RG, colección penal, tomo 59, p. 69 y ss.); pero también constituye un peligro duradero el tirano de la familia, quien de momento está tranquilo, pero que en cualquier momento puede pasar a cometer nuevos maltratos {RG, colección penal, tomo 60, p. 318 y ss.; BGH, NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21), el coaccionante que amenaza al tes-

El

estado jijiKtsJeja Hj-'xcujjia me según el art. 35 C.R

tigo con un peligro para su vida y su cuerpo en caso de que declare de conformidad con la verdad, pero de quien no se sabe exactamente cuándo hará efectiva la amenaza (RG, colección penal, tomo 66, p. 98 yss.;BGH, colección penal, tomos,p. 371 yss.) y el intruso que invade y siempre regresa al domicilio ajeno, pero cuya aparición nocturna no puede ser determinada con seguridad (BGH, NTW1979, 2053). Igualmente, un peligro puede ser actual cuando, si bien su realización todavía va a tardar, tiene que intervenir ya en el momento actual si tío se quiere e que sea demasiado tarde para una defensa; este grupo de casos se superpone frecuentemente con aquellos del peligro duradero.

Una exclusión de responsabilidad no entra en consideración cuando el peligro era evitable de otra manera<sup>18)</sup>. Esto ocurre primeramente cuando existía una posibilidad de eliminar el peligro de una manera conforme a la ley. Quien, medíame una queja o apelando ante el encargado del servicio, puede escapar de un peligro no permitido para su integridad corporal en el Ejército, no puede invocar el art. 35 cuando, en vez de ello, comete una deserción (BayOLG, GA 1973, 208). Si alguien puede, solicitando protección judicial, escapar a las amenazas de aquél que lo quiere obligar a declarar falsamente, su responsabilidad no se encuentra excluida por el art. 35 cuando declara falsamente de todas maneras (RG, colección penal, tomo 66, 98 y ss.; BGH, colección penal, tomo 5, p. 371 yss.). Tampoco cae dentro del art. 35 el homicidio del tirano de la familia, cuando los maltratos esperados hubieran podido ser evitados abandonando Ja casa o solicitando ayuda policial (OGH, colección penal, tomo 1, p. 369 yss.). Por cierto que no deben .ser admitidas alegremente las posibilidades alternativas de evitación. Así, raramente es posible una protección efectiva fuera del Tribunal del testigo amenazado, porque no puede ser vigilado ininterrumpidamente; el llamado a la Policía contra el padre de familia abusivo frecuentemente lia demostrado ser inefectivo (RG, colección penal, tomo 60, p. 318 yss.); y el abandono de una casa a menudo no es deseable por motivos familiares (BGH, NJW1966,1823; NStZ 1984,21).

<sup>18)</sup> Detalladamente al respecto, LKXCKN'KR, «Das Merkmal <ier «Nichl-anders-Abwendbarkeit» der Gefahr in den £§ 34, 35 StGB», *L.-ti.* a Lackrter, 1987, p. 95 yss.

El estado de necesidad exculpante según el art. 15 C.R

Es una cuestión de tolerabilidad (y por lo tanto, algo que juega un papel ya en el art. 35, primer párrafo, primera oración, y no recién en el art. 35, primer párrafo, segunda oración) la medida en que debe intentarse vías de escape para peligros que sólo pueden ser eliminados con cierta posibilidad o parcialmente. El que es coaccionado por un poder extraño con los medios del art. 35 a privar de la libertad a otro, no es exculpado si no intenta, por lo menos, posibilitar una fuga de la víctima dando la simple apariencia de obedecer (BGH, NJW 1952, 111). Sigue siendo punible el que ejecuta ciegamente órdenes de asesinato del régimen nazi, si no evalúa la posibilidad de evadir estas órdenes. «Mientras más grave... es el hecho punible que se quiere obtener mediante la coacción, más cuidadosa deberá ser la evaluación» (BGH, colección penal, tomo 18, p. 312 y ss.). Por otro lado, el TFA no ve ninguna posibilidad alternativa de evitación para la esposa del alcohólico tirano de la familia en el divorcio o el internamiento en un sanatorio, pues no es exigible a ella «soportar el tratamiento inhumano del marido hasta que estas medidas tengan éxito» (BGH, NJW 1966, 1823, 1825).

Lajurisprudencia también considera como posibilidad alternativa de evitación a la tolerancia de perjuicios jurídicos. Así, un testigo amenazado con un peligro para su vida o su cuerpo en caso de declarar la verdad, debe poder negarse al testimonio o al juramento en vez de declarar falsamente, aun cuando se exponga con ello a las sanciones del art. 70 (RG, colección penal, tomo 66, pp. 222 y ss., 227). Quien recibe en el Ejército la orden anlijurídica de portar un uniforme que le causa irritación a la piel y una insoportable picazón, debe soportar una sanción por desobediencia a una orden, en vez de recurrir a la desertión invocando el art. 35 (BayOLG, GA 1973, 208). Pero esto no debería ser exigible. Pues si el art. 35 quiere extraer al autor de la discriminación mediante un juicio penal de culpabilidad, también debería ahorrársele el reproche de ser un omiso culpable a declarar, prestar juramento o cumplir órdenes; y si no debiera tener ninguna sanción penal, tampoco debería exponérsele a sanciones del Derecho disciplinario y reglamentario que no son de ninguna manera leves. En caso contrario, el Estado estaría en quitando gran parte con una mano la facilidad que da con la otra.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.K

Naturalmente, quien sólo puede evitar el peligro interviniendo en los derechos de terceros debe escoger el menos lesivo entre los diferentes medios. Quien se salva a sí mismo de un peligro para su vida mediante la muerte de un tercero, sigue siendo punible cuando hubiera sido suficiente la simple lesión del otro. El causante de un accidente que es amenazado con un peligro para su cuerpo, puede salir del ámbito del peligro invocando el art. 35, pero no más de lo necesario. Si desaparece hasta no más ver, será punible según el art. 142 (BayOLG, JA/1956, 15).

### III. BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DEL ESTADO DE NECESIDAD

Sólo son susceptibles la vida, el cuerpo y la libertad. La «libertad», al principio no privilegiada por el Derecho, ha sido añadida en 1975 en la parte general siguiendo el modelo del Proyecto de 1962, porque este bien jurídico «goza de un rango igualmente elevado que el cuerpo o la vida»<sup>(111)</sup>. Por el contrario, se ha rechazado expresamente una extensión a otros bienes jurídicos como honor y propiedad; esta extensión «tendría como consecuencia que la no exigibilidad de la conducta conforme a la norma... sería reconocida en amplios ámbitos como causa de exclusión de la culpabilidad, lo cual sería apropiado para cuestionar la seriedad de la conminación penal». Esto confirma la teoría de los fines de la pena empleada con fines explicativos: son fundamentos de prevención general los que han motivado al legislador a prescindir de una liberación de pena en caso de acciones de protección de otros bienes jurídicos.

De esto se deriva además que debe excluirse por lo menos en los delitos dolosos un empleo analógico del art. 35 para otros bienes jurídicos «cercaños a la personalidad»<sup>101</sup>; la extensión del art. 35 al peligro para objetos irremplazables (p. ej. manuscritos de un intelec-

<sup>11111</sup> Sobre esto y lo que sigue: Bundestags-Drucksache IV/650, p. 161. <sup>101</sup> Pero de esta manera STRATEXWERTH, «Strafrecht, AT», 3ª ed., 1981, n. marg. 606. La doctrina dominante sigue una concepción igual a la aquí expuesta.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

lual)<sup>1a</sup> no tiene ningún asidero legal. Todo esto también sería problemático por política jurídica: quien permite la muerte bajo las llamas de un sirviente para salvar sus animales de crianza<sup>1m</sup>, o quien arriesga un grave envenenamiento de su esposa para preservar apuntes de Hegel sobre Filosofía del Derecho<sup>1-31</sup>, no debe quedar libre de pena, si no se quiere relativizar de manera contradictoria con la representación valorativa de la ley la protección de la vida humana. Del mismo modo se comete fraude de ley con el art. 35 cuando se admite una disculpa suprallegal para liberar de pena a los hechos punibles cometidos para evitar dificultades económicas<sup>124</sup>. Ciertamente, de lege ferenda debería ser posible una reducción de pena en tales casos<sup>1-31</sup>. En el bien jurídico vida es discutible si también la vida en desarrollo puede ser privilegiada por el art. 35. En contra de la doctrina preponderante<sup>(L<sup>h</sup>)</sup>, esto debe ser negado<sup>(L<sup>7</sup>)</sup>. Dado que los bienes jurídicos «cuerpo» y «libertad» solamente pueden referirse a personas, al igual que en las demás referencias legales conjuntas a la vida y el cuerpo, también con el art. 35 sólo se quiere decir la vida real y existente, a falta de puntos de referencia en contra, sobre todo porque la protección legal todavía relativamente débil de la vida en desarrollo habla en contra de una equiparación. Además, un embrión no puede ser un «pariente» o una «persona cercana» en el sentido del art. 35. Tampoco existe una necesidad político-criminal para tal extensión del art.

<sup>1-1</sup> Pero en este sentido TIMI-K, igual que nota 10, «Grundfälle», 1984, p.

863 y s.

<--> JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, ti. marg. 9,.

<sup>1b</sup>) TIMI-K, como en nota 10, «Grundfälle», 1984, p. 863.

<<sup>14</sup>) Sin embargo, así decidió OLG Hamm, Jv/tV 1976, 721.

<sup>1-51</sup> STRF.E, en: Roxin/Siree/7.ipf/Jimg, ~Einführung in das neue Strafrecht», 2<sup>4</sup> ed. 1975, p.

57; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 9 considera que estas atenuaciones ya son posibles de lege lata.

<sup>1-51</sup> Schönke/Schröder/LKNOiNKii, «StGB», 23<sup>a</sup> ed., 1988, art. 35, n. marg. 5; SK (4<sup>5</sup> ed.)-RIDOLI-HI (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 5; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 8.

<sup>(27)</sup> Convincentemente, LK (10<sup>1</sup> ed.)-HIRSCH, art. 35, n. marg. 12.

339

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

35, pues en caso de ataques humanos al embrión interviene la ayuda necesaria [Nothilfe] (art. 3<sup>2</sup>), y en caso de cualquier otro peligro al que puede exponerse a la embarazada, ella misma puede invocar el art. 35, tal como lo puede hacer en favor de ella una persona cercana. No hay discusión respecto a que no existe ningún peligro para el cuerpo que fundamente un estado de necesidad, cuando la afcción amenazante es mínima<sup>128</sup>. Según la jurisprudencia, son mínimos, sobre todo, los maltratos que no causan «un daño a la integridad corporal, aun cuando sea pasajero» (así al principio RG, colección penal, tomo 29, p. 78yss. en un caso del art. 255). No es suficiente, entonces, la amenaza de simples golpes. Esto se fundamenta con el uso idiomático, el cual no permite en tales casos hablar de un «peligro para el cuerpo y la vida» (RG, colección penal, tomo 29, p. 78yss.) o de un «estado de necesidad (RG, colección penal, Lomo 66, p. 399 y ss.). El TFA ha ratificado esta jurisprudencia (DAR 1981, 226). Por el contrario, se tendrá que afirmar un peligro para el cuerpo en caso de la amenaza de pérdida de un dedo o en caso de una inminente fractura de un brazo. El que esto pueda disculpar la muerte de otra persona es una cuestión de la tolerabilidad (art. 35, primer párrafo, segunda oración). Los ataques a la libertad sexual no fundamentan así como así un peligro para el cuerpo<sup>1^91</sup>, sino sólo en el caso de que amenacen traer consigo lesiones corporales por encima del umbral de los simples maltratos; pero estos ataques pueden ser vistos como peligro para la libertad en el sentido del art. 35 (comp. infra en la nota 35).

No constituyen ningún peligro para el cuerpo en el sentido del art. 35 los «peligros de cualquiera»<sup>13m</sup>, a los cuales está expuesta de la misma manera toda la población (o la mayoría de ella). Esto es válido

<sup>12N</sup> HIHNCH, LX(10<sup>a</sup> ed.), art. 35, n. marg. 16, pretende **afirmar siempre** un peligro para la integridad corporal cuando la lesión amenazante cae dentro del art. 223, neutralizando, sin embargo, tales casos con ayuda de la cláusula de tolerabilidad del art. 35, primer párrafo, segunda oración.

<sup>(39)</sup> Pero en este sentido JKSCHICK, «Lehrbuch» (4<sup>a</sup> ed.), 1988, cap. 44, I, 1; JAKIMS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 8; Schönke/Schröder/LKNCKMvR, «StGB», 23<sup>a</sup> ed., 1988, art. 35, n. marg. 6.

<sup>13</sup> y<sup>or</sup>) WKBK, «Vom Dkbstahl in rechter Hungersnot», MDR 1947, p. 78.

340



El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.Li

para situaciones de hambruna en tiempos de guerra y posguerra al igual que para situaciones insostenibles para la salud que resultan de la carencia de espacios habitables y de calefacción. Por el contrario puede invocarse nuevamente el art. 35 cuando las molestias, en el caso individual, superan ampliamente la medida general y son inminentes daños irreparables inmediatos. Esto también lo ha reconocido la jurisprudencia: «Cuando los preceptos económicos no puedan detener el hambre en el caso concreto, no se puede punir a los consumidores que en un auténtico estado de necesidad traten de preservar su vida infringiendo las disposiciones de la Economía»<sup>(31)</sup>. Así también se fundamenta un estado de necesidad cuando hay carencia de espacios habitables el «caso no precisamente frecuente...de que la situación existente signifique casi un peligro inmediato para el cuerpo o la vida de los habitantes»<sup>(12)</sup>.

Estos principios rigen, tal como lo muestra el párrafo anterior, también frente a disposiciones de la autoridad. No constituyen ningún estado de necesidad las situaciones insostenibles para la salud que resultan, en la medida admitida legalmente, de la regulación económica de víveres y espacios habitables, pero también de privaciones de la libertad por las autoridades (arrestos, prisión)<sup>\*33\*</sup>. Pero si los efectos van más allá, puede muy bien darse un estado de necesidad<sup>\*11\*</sup>. Así, ya el RGSt 41,214 había considerado posible una exculpación en un caso en el que una madre había raptado a su hijo del lugar de custodia legal porque era de temer que éste podría perecer o sufrir daños graves allí. Igualmente, los malos tratos en un establecimiento penal fundamentan una situación de estado de necesidad (BGH, ROW 1958, 33).

<sup>1311</sup> OLG Kiel, SJZ 1947, 674 y s., con comentarios de von WEBKK, quien correctamente traza la frontera allí «donde el peligro duradero dado con la desnutrición puede convertirse en un peligro actual para el cuerpo o la vida».

<<sup>33</sup>> OLG Neustadt, NJW 1951, 852.

<sup>1331</sup> Comp. OLG Kiel, SJZ 1947, 647 para la regulación económica de víveres, OLG Neustadt, NJW 1951, 852, para la regulación económica del espacio habitable, RG, colección penal, tomo 54, p. 338 y ss., p. 341 para la privación de la libertad.

CH> y er 1^ semencias mencionadas en el párrafo anterior.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.f.

El bien jurídico susceptible de estado de necesidad, la «libertad», admitido como novedad en 1975 en la parte general designa en primera línea a la libertad espacial de movimiento en el sentido del art. 239. Además se tendrá que admitir la libertad de autodeterminación sexual en el sentido de los arts. 177, 178<sup>^</sup>. Esto tiene importancia autónoma cuando su amenaza ya no fundamenta un peligro para el cuerpo- La inclusión de estos casos se justifica por el hecho de que ellos, según la naturaleza y gravedad del peligro amenazante se ubican todavía más cerca del peligro para la vida y el cuerpo que la privación de libertad común. Por el contrario, no podrá verse a la libertad general de ejercicio de la voluntad [Willensbetaugungsfreiheit] como bien jurídico susceptible del estado de necesidad. Entonces, quien interviene en los bienes jurídicos de un extraño para defenderse de una coacción no está disculpado por el art. 35. Con más razón rige esto para las afecciones al libre desarrollo de la personalidad, las cuales ni siquiera tienen carácter de coacción. Quien ya no sale de su departamento por las noches por temor al regreso de un intruso voyeurista no está disculpado por el art. 35 (en contra del BGH NJW 1979, 2053 y s.) en caso de que deje fuera de combate al visitante inopinado mediante un disparo preventivo por considerarlo un «peligro duradero»<sup>(3fi)</sup>. En otro caso, el círculo de los bienes jurídicos privilegiados por el art. 35 se extendería ilimitadamente en contra de la clara intención del legislador, pues la mayoría de los ataques a bienes jurídicos individuales afecta de alguna manera la libertad de acción de la víctima<sup>1371</sup>.

Correspondientemente con lo expuesto acerca del peligro para el cuerpo, las privaciones de libertad mínimas, es decir los encierros por poco tiempo y no peligrosos, no son abarcados por el art. 35. Según esto, quien durante la visita a un castillo es encerrado de broma en la cámara del duque, no es exculpado cuando consigue una salida

<sup>(15)</sup> Acertadamente, HIK.SCH, LK(10<sup>o</sup> ed.), art. 35, n. marg. 15.

<sup>(3H)</sup> Acerca de la posibilidad de un estado de necesidad justificante en el caso concreto, con más detalles, Roxix, L.-H. a Jescheck, 1985, p. 457 y ss. (481 y 88.).

<<sup>87</sup>> HMIWH, 7Ji:(10<sup>s</sup> ed.), art. 35, n. marg. 14.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R

destrozando la valiosa puerta; más bien tiene que esperar a que el guardián del castillo lo libere en la siguiente visita guiada. Tampoco fundamenta un estado de necesidad una privación de libertad efectuada jurídicamente por la autoridad (detención, reclusión, ejecución de una pena privativa de libertad, etc.); es distinto el caso de medidas estatales arbitrarias y violentas contrarias a un estado de Derecho.

#### IV. EL CÍRCULO PRIVILEGIADO DE PERSONAS

El autor solamente es liberado de pena cuando el peligro le amenaza a él mismo, a un pariente o a alguna otra persona cercana a él. Las «personas cercanas», que no habían sido contempladas en el Derecho anterior, han llegado a la parte general de 1975 a través del Proyecto de 1962. La expresión acoplada a los «parientes» de «otra persona cercana a él» ilustraría «que con esto se comprende a personas que p. ej. viven en una comunidad hogareña con el autor del estado de necesidad o que están vinculadas a él de manera similar a los parientes»<sup>3ii</sup>. La restricción del privilegio de la legítima defensa a un estrecho círculo de personas es explicada en el Proyecto de 1962 por el hecho de que «la situación de presión psicológica» que proporcionaría «el fundamento interno para la exculpación» surgiría «mayormente» sólo en vista a las personas enumeradas en la ley. Pero ésta es una fundamentación inexacta. Y es que es indiscutible que en los parientes no importe si estos efectivamente estén cercanos al autor, mientras que, por otro lado, el peligro que amenaza a una persona amada no cercana al autor (p. ej. la mujer que se ama en secreto) puede producir una mayor presión psicológica, sin exculpar el hecho cometido en estado de necesidad. En realidad, la regulación legal se explica por que sólo en el círculo de personas enumerado el hecho en estado de necesidad desaprobado por sí mismo encuentra tanta comprensión en la colectividad que se puede sustentar desde el punto de vista pre-ventivo-general la tolerancia *öff* legislador. Luego, la teoría de los fines de la pena, empleada para fundamentar la regulación del estado de necesidad, también reafirma su validez en este caso.

<sup>3ii</sup> Sobre esto y lo que sigue: Bundestags-Drucksache FV/ 650, p. 161.

de necesidad exculpante según el an. 35 C.H

El carácter de «pariente» resulta del art. 11, primer párrafo, número 1. Como «persona cercana» se considera, debido a la vinculación legal con el concepto de pariente, sólo a aquellas personas con las cuales el autor tiene una relación perdurable, parecida a la de los parientes. Esta relación se da sobre todo en las comunidades de vida parecidas al matrimonio, pero también debe reconocérsele en otras personas que son admitidas con carácter duradero en la propia casa. Si no se presentase una comunidad habitacional, se podrá afirmar una «relación cercana» en caso de relaciones sexuales permanentes o de estrecho contacto personal con parientes fuera del círculo mencionado en el art. 11, primer párrafo, número 1 (p. cj. tíos, tías, sobrinos, sobrinas). También una relación de padrino puede fundamentar una relación cercana cuando la actividad del padrino se asemejara a los cuidados de un pariente, más allá de las atenciones convencionales. Por el contrario, camaradas deportivos, de partidos políticos, vecinos, colegas del trabajo, etc., con quienes se acostumbra un trato social de simpatía, no son personas cercanas. Pues tales contactos se limitan a determinados ámbitos de la vida y no pueden ser situados al mismo nivel que la relación *de* parentesco. De allí que tampoco sean personas cercanas al profesor sus alumnos. La relación también debe ser mutua; la diva del cine que es amada por un joven más que cualquier otra persona, pero que no sabe nada sobre esto o por lo menos no corresponde a este amor, no es una persona cercana a él. Por otro lado, cuando deba afirmarse una «relación cercana» (p. ej. en la relación con la «compañera para toda la vida»), entonces no importa, al igual que tampoco en el caso de parientes, que en el caso concreto el peligro para la persona cercana haya colocado o no al autor en una situación especial de coerción psíquica.

#### V. EL ACTUAR PARA EVITAR EL PELIGRO

El texto legal exige que el autor haya actuado «para evitar el peligro...». Tiene que haber sido motivado, entonces, por una voluntad de rescate, de manera que todavía no exculpa el simple conocimiento del peligro existente. Quien como convencido miembro del partido p. ej. ha ejecutado acciones delictuosas por órdenes del régimen nacional-socialista no es impune por el hecho de que hubiera

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.Li

tenido que contar con un peligro para su cuerpo o su vida en caso de negarse a hacerlo<sup>391</sup>. En la exclusión de responsabilidad se plantean de manera diferente los problemas que pueden surgir en los elementos subjetivos de la justificación y que p. ej. en el estado de necesidad justificante pueden evidenciar una limitación al conocimiento de la situación justificante objetiva, así como una renuncia a la fuerza motivadora de la voluntad de rescate. Y es que aquí el autor -a diferencia de una situación de justificación- ha hecho algo de todas maneras objetivamente reprochable; al responder la pregunta de si éste puede a pesar de todo ser liberado de pena, sus motivos (como p. ej. también en la medición de la pena) muy bien pueden ser considerados. Quien comete acciones amenazadas con pena, no para evitar el peligro, sino por impulso criminal, precisa una sanción, tanto por motivos de prevención especial como general. Entonces, la ratio de la regulación del estado de necesidad exige el motivo de rescate como presupuesto de la exculpación. Por el contrario, JAKOBS<sup>400</sup>, «en contra del tenor» de la ley y en contra de toda la opinión dominante, pretende «exigir...para la exculpación solamente el conocimiento de la necesidad y del efecto de evitación, pero no el actuar para la evitación». En caso contrario, la imputación del hecho dependería «de algo interior no expresado exteriormente»; esto contradiría el principio del Derecho penal del hecho. Sin embargo, un autor que ejecuta órdenes con ánimo de disposición y celo, no es penado por su actitud interna, sino por sus hechos. A él solamente se le deniega la tolerancia que se le hubiera tenido si hubiera actuado temiendo por él mismo o por sus prójimos, en vez de haberlo hecho por motivos criminales. El que una motivación comprensible pueda liberar es un fenómeno usual. Tampoco sucede que de esta manera, como opina JAKOBS, «a través del análisis de la motivación se desplace la carga de la prueba en contra del autor»; pues siempre se tendrá que ir a su favor cuando exista aunque sea la posibilidad de que hubiera actuado para evitar el resultado.

<sup>(39)</sup>

p. 276.

OGH, colección penal, tomo 1, p. 313; BGH, colección penal, tomo 3,

<sup>(40)</sup> «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 11.

estado de necesidad exculp

Por cierto que no se precisa que el motivo de rescate tenga su origen en impulsos nobles, así como tampoco que constituya el objetivo final del autor. Es igualmente impune quien salva a su pariente bajo los presupuestos del art. 35, no por cariño, sino sólo porque no quiere aparentar ser un cobarde o porque espera que el rescatado lo nombre su heredero<sup>411</sup>.

VI. LA DENEGACIÓN DE EXCLUIR DE RESPONSABILIDAD SEGÚN EL ART. 35, PRIMER PÁRRAFO, 2

1, Acerca de la ratio de la excepción contraria

El art. 35, primer párrafo, segunda oración deniega la exclusión de la responsabilidad cuando se imputa al autor que deba tolerar el peligro. La posibilidad de denegación tiene la forma de una cláusula general y es ilustrada mediante dos ejemplos: la causación por uno mismo de un peligro y los deberes «en una relación jurídica especial». Las excepciones provienen de tomar en cuenta a la colectividad y todas ellas son, en tal medida, por igual de carácter preventivo-general. Pero se diferencian entre sí en la tendencia y en el grado de las reservas que existan por razones preventivo-generales. Estas tienen la mayor fuerza en las «relaciones jurídicas especiales» a las cuales p. ej. están sometidos los policías o bomberos. La protección de bienes jurídicos sufriría un daño inmediato si tales portadores de un oficio pudieran impunemente evadir sus deberes amparándose en el miedo a los peligros; por ello aquí tampoco se prevé ninguna posibilidad de atenuación. Por el contrario, en la causación por uno mismo, la denegación de la liberación de pena es una concesión a la conciencia jurídica de la generalidad; ésta no comprendería que alguien pueda salir librado impunemente cuando interviene fuertemente en bienes jurídicos de terceros para escapar de peligros creados por su propia culpa (que no están, por ello, cubiertos por el art. 34). Sin embargo, puesto

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.Li

<sup>(41)</sup> Comp, sobre estos casos p. ej. BALMA.XX/WKHKK, «Strafrecht, AT», 9<sup>a</sup> ed., 1985, cap. 29, II, 2, a; SOHMIDHÁU.SLR, «Studienbuch», 2<sup>a</sup> ed., 1984, cap. 8, n. marg. 20.

que urge menos prevenir las posibles conmociones de la conciencia jurídica que impedir el daño manifiesto que surgiría de la denegación a los portadores de oficios destinados a conjurar peligros, por lo menos se ha admitido aquí una atenuación facultativa de pena. Esta rige también para los casos comprendidos por ambos grupos de ejemplos que igualmente encuentran su explicación en la consideración de la conciencia jurídica general.

Por el contrario, en los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, fracasa completamente la explicación del estado de necesidad como una restricción de la libre determinación de la voluntad (comp. supra I). Si bien, en la fundamentación de la Comisión especial<sup>1431</sup> se dice «que también aquí la sobrepresión que influye en las motivaciones puede ser casi tan grande como en los casos de estado de necesidad auténticos» y que por ello se prevería una posibilidad de atenuar la pena. Pero falta cualquier fundamentación sobre por qué, en el peligro causado por uno mismo, la presión psíquica que abrumba al autor deba ser menor; si se tratara de ella, aquí tendría que otorgarse liberación de pena. Y cuando en las «relaciones jurídicas especiales» se atribuye la exclusión de cualquier posibilidad de atenuación -¡acertadamente!- al «deber de protección frente a la generalidad» que corresponde a los autores, se muestra muy claramente la consideración de la protección de bienes jurídicos como motivo portador de la regulación; esto no cambia en nada por la indicación de que podría tomarse en cuenta el incremento de la presión de motivación «en el marco de la medición de la pena».

Tampoco se puede, a través de la *actio libera in causa* (a.t.i.c.) armonizar la punibilidad en los casos de peligros causados por uno mismo con el principio tradicional de la imputación de la culpabilidad<sup>1431</sup>. Pues, en primer lugar, no está excluida la asequibilidad normativa del autor del estado de necesidad -a diferencia de los casos de la a.l.i.c.- en la comisión del hecho, de manera que ya por este motivo

<sup>(42)</sup> Sobre esto y lo que sigue: Hundestagsdrucksache V/4095, p. 16.

<sup>1431</sup> No obstante, en este sentido, Schnke/Schröder/LKNCKNKK, «StGB», 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 20.

El uso de nubes id y el exculpante según el art. 35 C.P. <sup>^</sup> \_\_\_\_\_  
es imposible recurrir al hecho previo del autor; y en segundo lugar, si fueran aplicables los principios de la a.l.i.c., en la causación imprudente del peligro que aquí está plenamente en primer plano, tampoco debería estar permitida ni siquiera una punición por imprudencia al autor en estado de necesidad. Pero esto contradiría claramente la ley<sup>(44)</sup>. La difundida teoría que explica la liberación de pena del art. 35 a través de una confluencia de atenuación de la culpabilidad y del injusto (comp. supra I), interpreta el art. 35, primer párrafo, segunda oración, en el sentido que «el injusto atenuado por sí mismo... vuelve a ser desbalanceado por el injusto que subyace a la lesión de un deber especial de portar un peligro», de manera que entonces sólo se presenta «la situación especial de presión psíquica» que no alcanza por sí sola para la exculpación<sup>(45)</sup>. Prescindiendo de las dudas en contra de la importancia de la disminución del injusto (comp. supra I), sin embargo, a través de la construcción por sí misma correcta de un deber especial «deber de portar el peligro» no debe ocultarse su fundamento, el cual recién proporciona la verdadera explicación: únicamente son las ya nombradas consideraciones preventivo-generales, las que han llevado a imponer al autor un deber especial de portar peligros en casos determinados.

## 2. La relación jurídica especial

El autor en estado de necesidad permanece plenamente punible cuando «tenía que soportar el peligro en vista a una relación jurídica especial. Sin embargo, esto no ha sido explicado con más detalle en el art. 35, primer párrafo, segunda oración<sup>1441</sup>. Como ejemplos, la

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

<sup>1441</sup> Una crítica similar en *L.-H.* (10ª ed.)-HiKs;H, art. 35, n. marg. 47; *SK* (4ª cd.)-Ru)OLi>Hi (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 11.

<sup>1442</sup> XS: (4ª ed.)-RiTMH.PHi (Nov. 1983), art. 35, n. marg. II; igualmente, *LK* (10ª ed.)-HiRsCH, art. 35, n. marg. 47; en favor de las «relaciones jurídicas especiales» también Schönke/Schröder/LENCKNER, «StGB-», 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 19.

<4>j) Acerca de (a falta de concreción de esta variante del art. 35, primer párrafo, segunda oración, ver BKKXSMANX, «Zum Handeln von Hoheitsträgern aus

Comisión especial\*<sup>471</sup> menciona a «soldados, funcionarios vigilantes de la frontera federal y bomberos, especialmente»; el proyecto de 1962 había mencionado también a marineros, funcionarios policiales y guías montañistas<sup>471</sup>. En algunos casos, tales deberes de portar el peligro están fijados incluso legítimamente (arts. 6, 29 segundo párrafo y ss. de la Ley penal militar; arts. 106, 109 Ley de marinos); según estas, incluso los que prestan servicio civil [sustitutorio] se encuentran en una relación jurídica especial (art. 25, tercer párrafo de la ley del servicio civil). Aquí también están los «pronosticadores del tiempo» en la montaña (RG, colección penal, tomo 72, p. 246). Es discutible si se tiene que tratar de obligaciones especiales frente a la generalidad<sup>471</sup> o si también son simplemente suficientes personas individuales frente a deberes de protección existentes (relación padres-hijo, niñas, guías privados en las montañas). La concepción más estrecha merece aprobación. Pues la Comisión especial ha fundamentado la denegación de cualquier atenuación de pena precisamente en que «las personas pertinentes (han asumido) un deber especial de protección frente a la generalidad»<sup>(171)</sup>.

Con ello no se exige que los deberes de protección tengan que basarse en el Derecho público; también el médico o el personal del hospital tienen un deber de protección frente a la colectividad y no deben evadir el servicio a la salud del pueblo indicando que existen peligros de contagio. Además no se opone a una relación jurídica especial el que, en el caso concreto, ella sea transmitida recién median-

der Sicht des 'entschuldigenden Notsandes', *L.-H. a Blau*, 1985, p. 23 y ss. (p. 38 y ss.). El opina: «En realidad debería ser imposible proporcionar una demarcación siquiera medianamente clara del concepto 'relación jurídica especial' (ver ídem, p. 141).

<sup>1471</sup> Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16. <\*> Bundestags-Drucksache IV/650, p. 161.

<sup>(17)</sup> A favor de ello, *SK* (4ª ed.)-Ru>ou'Hi (Nov. 1983), an. 35, n. marg. 12;

Schönke/Schröder/LKNtiKNER, «StGB», 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 22. En contra, *LK* (10ª ed.)-HiK.s<:H, art. 35, n. marg. 53; BKRNMAXN, igual que en la nota 46, p. 40.

<511> Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

349

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R.

te un acto jurídico especial. Así, el Juez tiene, frente a la generalidad, un deber más elevado de portar peligros, aún cuando éste entre en contacto con una cosa determinada recién a través de la dependencia jurídica. Luego, cuando prevalece por miedo ante las amenazas de una de las partes, está sometido al marco penal no atenuado del art. 336. También p. ej. el salvavidas de la piscina tiene una relación jurídica especial, pues aún cuando los usuarios tengan que pagar entrada para entrar dentro de su vigilancia, él está obligado frente al anónimo «cualquiera» sin tener que ver a la persona. Por el contrario, no pertenece aquí el guía montañista (¡a diferencia del vigilante de las montañas!) mencionado en el proyecto de 1962, cuando labora para turistas individuales debido a un contrato individual. Si bien rigen para él también deberes especiales de protección, al igual que para otras personas tutoras o los miembros de una comunidad de peligros (expediciones, tripulación en botes); pero ellos se enmarcan dentro de la cláusula general del art. 35, primer párrafo, segunda oración (comp. infra VI, 4) y por ello pueden recibir una atenuación de la pena. Es reconocido que el elevado deber de portar peligros sólo rige para peligros específicos de la profesión<sup>(51)</sup>. Entonces, un médico víctima de un naufragio no tiene p. ej. que dar preferencia a otros pasajeros durante el rescate. Así, según la jurisprudencia del TFA (NJW 1964, 731), si bien un funcionario policial de ejecución penal tiene que, «según las circunstancias, arriesgar su vida cuando tome parte en la detención de un delincuente armado o en la sofocación de un motín», puede invocar el art. 35 cuando sea coaccionado por un poder estatal criminal (¡el régimen nazi!) para que cometa delitos y cuando, en caso de negarse a hacerlo, pueda correr el «grave peligro» de «sufrir él mismo la muerte». Por cierto que, en caso de peligros específicos de la profesión, tampoco podrá exigirse que el obligado a la protección acepte la muerte segura o probabilísima; el Derecho promueve la tolerancia de peligros, pero no el autosacrificio consciente de la

<sup>(51)</sup> Comp., por mencionar solo algunos, *SK* (4ª ed.)-Ru>oi.i>Hi (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 13; *IX* (10ª ed.)-HiK.scH, art. 35, n. marg. 55; Schönke/Schröder/ LKNCKNER, art. 35, n. marg. 23.

<sup>(52)</sup> TIMPK, igual que nota 10, «Gmndfalle», 1985, p. 35.

350

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P

vida. Esta restricción deberá armonizar sin mayores problemas con el tenor del art. 35, primer párrafo, segunda oración, porque siempre tiene que añadirse a la «relación jurídica especial» la exigibilidad de tolerar el peligro.

También cuentan plenamente entre las relaciones jurídicas especiales los deberes legales de tolerancia, como el deber de soportar intervenciones corporales (p. ej. según los arts. 81a StPO, 17, sexto párrafo, tercera oración, de la Ley de soldados, art. 17, segundo párrafo, Ley de enfermedades sexuales) o a soportar privaciones de la libertad (p-ej. según los arts. 127,112 StPO. o al cumplir la pena privativa de libertad). Pero aquí será mejor excluir ya un estado de necesidad en sentido del art. 35, primer párrafo, primera oración: los derechos coercitivos del Estado no fundamentan desde el principio una carga desproporcionada como lo presupone el art. 35, primer párrafo, primera oración. Pero el art. 35, primer párrafo, segunda oración sólo es pertinente en caso de un deber de asumir peligros desproporcionados. Algo distinto rige solamente cuando un inocente ha sido condenado, con calidad de cosa juzgada, a una pena privativa de libertad, pues el ordenamiento jurídico no quiere tal intervención. Entonces, aquí se presenta un estado de necesidad, el cual por cierto, en una comunidad bajo un Estado de Derecho, sólo debe ser eliminado por la vía de la revisión y debe ser tolerado en lo demás<sup>1131</sup>. Puesto que no se trata de deberes de protección frente a la colectividad, esta constelación también entra dentro del ámbito de la cláusula general de tolerabilidad; esto tiene al mismo tiempo la ventaja de que por lo menos se pueda garantizar al autor una atenuación de pena.

Aquél que se encuentra en una relación jurídica especial tiene que soportar el peligro aún en el caso de que no lo amenace a él sino a un pariente o persona cercana<sup>11141</sup>.

<sup>(1131)</sup> Es la doctrina dominante; otra concepción en Schönke/Schröder/ LKNCKNER, «StGB-», 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 26.

<sup>(11141)</sup> Es la doctrina dominante; otra concepción en SK (4ª ed. J-Rixiu'Hi (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 14.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.F

Pues el bien común sufriría daños si p. ej. las personas empleadas para proteger a la colectividad en casos de catástrofes dejaran pasar su deber impunemente y pudieran, en cambio, ocuparse de sus parientes y otras personas cercanas. En el caso inverso (p. ej. la mujer del capitán rescata a su marido a costa de los pasajeros), siguiendo la doctrina dominante, debe denegarse igualmente la invocación al estado de necesidad, pese a que parece decir lo contrario el tenor de la ley centrada en el autor bajo estado de necesidad que se encuentra en una relación especial de violencia. Pero, la cláusula general de tolerabilidad permite también imponer a la persona cercana la tolerancia del peligro. La capacidad funcional de los mecanismos establecidos para proteger a la colectividad exige que no solamente sea el obligado a portar el peligro quien cumpla con su deber, sino también que las personas cercanas a él tomen en cuenta la especial tarea de éste. Naturalmente que a los situados fuera de la relación jurídica especial se les podrá favorecer con la posibilidad de atenuar la pena, la cual está prevista para los casos de la regla de tolerabilidad<sup>(35)</sup>.

### 3.

#### EL PELIGRO CAUSADO POR UNO MISMO

El autor tampoco puede invocar el art. 35 cuando le sea exigible que deba soportar el peligro porque «él mismo lo ha causado». La regulación del estado de necesidad vigente antes de 1975 había hablado de un estado de necesidad «no culpable» [«unverschuldet»]. El texto modificado de la nueva ley debía aclarar, según la fundamentación de la Comisión Especial<sup>(111)</sup>, que para excluir la pena «no sólo es suficiente la causación culpable». Pero con ello se crean más imprecisiones que las que se eliminan. Pues la simple causación del peligro no puede ser suficiente para denegar la exclusión de la responsabilidad<sup>(117)</sup>. Cuando p. ej. alguien, por una declaración verdadera ante el Tribunal

<sup>(111)</sup> Otra concepción en Schönke/Schröder/LKxtKXER, «StGB», 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 29.

<sup>(117)</sup> Bundestags-Drucksache V/4095, p. 16.

<sup>(ii)</sup> Aparentemente en te sigue otra opinión BaipMWNíi/WÉiER, «Strafrecht, AT», 9ª ed., cap. 29II, 2. b.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R.

se expone al peligro de ser asesinado por los cómplices del autor, y cediendo a las amenazas correspondientes declara falsamente, no se le puede vetar que invoque eventualmente al art. 35, pues no debe sancionarse penalmente el cumplimiento de un deber estatal del ciudadano quitándole el privilegio del estado de necesidad. Esto rige aun en el caso de que alguien corra peligros mediante una denuncia, mediante el impulso de un proceso o incluso mediante palabras atrevidas; atentaría contra el principio de igualdad que se trate peor que a un autor en estado de necesidad a aquél que cae en un estado de necesidad por hacer valer sus derechos ciudadanos.

Entonces, para la exclusión del privilegio de estado de necesidad no debe exigirse más que una causación del peligro. Esto no contradice el tenor de la ley, porque éste no se centra solamente en la causación, sino en si puede exigirse al autor, en contra de su voluntad, que soporte el peligro. Luego, todo desemboca en los presupuestos de la «tolerabilidad» [o «exigibilidad»]. Una opinión muy difundida admite una supresión del privilegio del estado de necesidad en caso de una realización de la situación de coacción objetivamente contraria al deber<sup>(i)</sup>; algunos autores exigen una causación subjetivamente contraria al deber o culpable de las situaciones de estado de necesidad<sup>(ii)</sup>; otros establecen diferencias<sup>(iii)</sup> o se centran en el caso particular<sup>(iii)</sup> o en la «competencia del autor para el motivo de la situación de estado de necesidad»<sup>(621)</sup>.

Por consiguiente, el estado de la discusión es confuso, especialmente porque se carece de sentencias esclarecedoras sobre el nuevo

<sup><SK></sup> LK/1& ed.J-HissCH, art. 35, n. marg. 49 y s.; SK (4ª ed.)-RLiK>ipm, Nov. 1983, art. 35, n. marg. 15 y s.; MALRACH/ZIPF, «Strafrecht, AT», 7ª ed., 1987, cap. 34, n. marg. 5; WKSSELS, «Strafrecht, AT», 18ª ed., 1988, cap. 10, VII, 1.

<sup>(59)</sup> Schönke/Schröder/LKNCKNKR, -StGB-, 23ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 20; JI.-SCHEUÍ, «Lehrbuch, AT», 4ª ed., 1988, cap. 44, III, 2, a.

<sup>(\*)</sup> Bu; i, «Strafrecht, AT», 18ª ed., 1983, cap. 61 II, 1, a.

<sup>(61)</sup> DKEHEK/TKÓNJLE, -StGB», 44ª ed., 1988, art. 35, n. marg. 11.

<sup>(lia)</sup> TIMPE, como en nota 10, «Grundfäue», 1985, p. 36; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 16.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R.

Derecho<sup>(63)</sup>. Entre la jurisprudencia del Derecho anterior se debe mencionar las de RGSt 54, 338; 72, 19; BGH, ROW 1958, 33. Las sentencias del Tribunal del Reich (RG) consideran que el autor es culpable de un estado de necesidad cuando éste, debido a un hecho punible anterior, debe contar con que se le denuncie, y para evitarlo vuelve a cometer un delito. Sin embargo, no podrá en absoluto calificarse a un amenazante proceso penal como estado de necesidad en el sentido del art. 35 (comp. supra VI, 2) - Conceptos como «contrario al deber», «antijurídico», «culpable» que aun hoy en día son mayorí(ariamente empleados, son poco apropiados para superar el problema, pues no se encuentra prohibido el ponerse a sí mismo en peligro. Por ello se recomienda describir los presupuestos bajo los cuales se deba excluir la invocación a un estado de necesidad, renunciando a estos términos de la siguiente manera: el autor sigue siendo responsable de su conducta cuando sin un motivo suficiente se ha expuesto a un peligro que pudo llevar de manera previsible a una situación de estado de necesidad. La evitación de tales peligros no es un deber, sino una potestad en caso de cuya violación el autor pierde el privilegio del estado de necesidad<sup>(64)</sup>.

Juzgando la cuestión de cuándo alguien se ha expuesto a un peligro sin un motivo suficiente, se tendrá que distinguir entre peligros humanos y naturales. Si alguien es puesto en peligro por personas, su privilegio de estado de necesidad permanece incólume todo el tiempo que se haya comportado de manera adecuada socialmente (comp. los ejemplos VI, 3 al principio). Quien, por el contrario injuria a otro de manera imputable o lo perjudica de alguna otra manera, tiene que responder por sí mismo por los peligros que surjan previsiblemente de allí y no puede liberarse impunemente de ellos a costa de otros. Cuando alguien se expone a peligros de la naturaleza

<sup>(SS)</sup> Tampoco trae esta aclaración la sentencia del OLG Oldenburg, NJW 1988, 3217, Ja que si bien acepta que la instancia renuncie a evaluar la exigibilidad en caso de una simple causación, no dice nada sobre los criterios y el resollado de tal evaluación.

<sup>(64)</sup> Concordando ampliamente, HKLSCHKA, «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode», 1983, p. 281 f.s.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

tiene un motivo suficiente en la medida en que quiera ayudar a otros o buscar un provecho social (como en los viajes de investigación), siempre que la reconocible puesta en peligro de sí mismo o de otros no supere el beneficio desde el principio.

Naturalmente, siempre se tiene que atender a que el hecho de estado de necesidad no es punible así como así cuando el autor se había expuesto al peligro sin un motivo suficiente. Adicionalmente, la aparición de la situación de estado de necesidad debe haber sido previsible. Ya el RGSt 36, 340<sup>(ii5)</sup> ha dicho acerca de la exigencia de tener la culpa [Verschulden] establecida por el Derecho anterior, que la responsabilidad en el estado de necesidad, que excluiría la impunidad, no sería idéntica con la del peligro «en la medida en que el primer concepto no solamente incluye en sí mismo la producción del peligro, sino también la circunstancia de que la salvación de esta situación sólo sería posible interviniendo en derechos ajenos». Eso significa en la práctica: cuando alguien emprende una peligrosa expedición en un velero, dejando imprudentemente su chaleco salvavidas en casa, y, al naufragar en una tormenta, se salva quitándole el chaleco salvavidas a su acompañante, haciendo que este perezca en las olas, es punible según el art. 212, pues era previsible no sólo el peligro, sino también la necesidad de salvarse a costa de otro. Sin embargo, cuando si el autor hubiera llevado consigo un chaleco salvavidas, probado meticulosamente, y si después éste resultara ser imprevisiblemente inútil, se da *ceteris paribus* una exclusión de la responsabilidad<sup>(wi)</sup>, pues el autor no puede ser hecho responsable por su situación de necesidad. Por supuesto que, visto con exactitud, interesa la no-previsibilidad de la situación de estado de necesidad y no la acción de estado de necesidad: aun cuando el autor de nuestro ejemplo, que ha dejado su chaleco salvavidas en casa, no pudo prever que su acompañante llevara consigo uno, sigue siendo punible cuando quitándoselo provoca su muerte<sup>\*67</sup><sup>1</sup>.

<sup>(6B)</sup> Igualmente RGSt 72, 249; BGH, ROW 1958, 34. Ésta es la doctrina totalmente dominante.

<sup>iw</sup> Comp. SK (4<sup>o</sup> ed.)-RuKjLi>Hj (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 16.

<sup>h7)</sup> En tal medida es acertada la crítica de JAKOBS al criterio de la previsibilidad de la doctrina dominante; «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 17.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

Además hay que pensar que aun cuando el autor ha realizado una situación de estado de necesidad sin motivo suficiente y previsiblemente, en los casos más sencillos puede incluso producirse una justificación según el art. 34. Quien en una expedición de escalamiento de montañas se ve en una situación de emergencia a causa de su equipo totalmente insuficiente y, como era de esperarse desde el principio, sólo puede salvarse del congelamiento invadiendo una cabana privada, está de todos modos justificado frente a una violación de domicilio debido a los intereses esencialmente preponderantes, pues el criterio de causación del art. 35, primer párrafo, segunda oración, no es trasladable al art. 34. Luego, una punición del hecho de estado de necesidad debido a una «propia causación» del peligro sólo entra a tallar en caso de graves afecciones de bienes jurídicos.

También en caso de un peligro causado por uno mismo se plantea la cuestión de cómo hay que decidir cuando la persona que causa el peligro y la persona salvada no son idénticas (sobre el problema correspondiente en las relaciones jurídicas especiales comp. VI, 2, in fine). ¿Es impune cuando culpablemente coloca a su familia en una situación de estado de necesidad y sólo puede salvarla dañando a terceros? El texto de la ley parece centrarse en una causación a través del autor en estado de necesidad, y también la fundamentación de la Comisión Especial opina que «sólo debe atenderse a la conducta del autor en estado de necesidad»<sup>6''</sup>. Pero el resultado de que el padre tenga que ser penado no es muy plausible, pues cuando un padre es culpable por sí mismo del peligro que amenaza a su familia se sentirá tanto más fuertemente obligado -así sea a costa de terceros-a rescatarla. Y también la opinión pública mostrará comprensión por tal motivación, de manera que la atención a la conciencia jurídica general no exige ninguna punición: «nada resulta más evidente que ayudar al pariente a quien uno mismo, lesionando su deber, ha colocado en un peligro para su vida»<sup>(H9)</sup>.

<sup><Ee></sup> Bundescags-Drucksache V/4095, p. 16; así también Schönke/Schröder/ U:\j.k.\ER, «StGB-, 23<sup>a</sup> ed., 1988, art. 35, n. marg. 20a; MAI.'RAOH/ZIIT, «Strafrecht, AT-, tomo 1, 7<sup>a</sup> ed., 1987, cap. 34, n. marg. 6;jAkon,s, «Strafrecht, AT'', 1983, cap. 17, n. marg. 75, «'''' JESCHECK, "Strafrecht, AT», 4<sup>a</sup> ed., cap. 44, III, 2, a.



El estado de necesidad exculpante según el an. 35 C.E

Por ello debe admitirse por regla general que no debe exigirse al autor que soporte el peligro pese a que él ha causado la situación de estado de necesidad; esto todavía puede ser perfectamente armonizado con el tenor de la ley gracias a que se puede recurrir a la cláusula general de tolerabilidad<sup>(7n)</sup>.

En el caso inverso de que sea el rescatado y no el autor en estado de necesidad quien ha causado el peligro (la mujer se pone «por su culpa» en una situación de necesidad, su marido la rescata lesionando a un tercero) se tendrá igualmente que admitir por regla general una exclusión de responsabilidad<sup>11</sup>. Está en favor de ello no solamente el tenor de la ley (el autor en estado de necesidad no ha «causado» el peligro), sino también la circunstancia de que el rescatante de su mujer (o de cualquier otra persona cercana a él) merece tolerancia, dando lo mismo cómo ésta se haya puesto en su situación. No convence el argumento en contra, en el sentido de que el rescatante no podría exigir una tolerancia que se le habría denegado al rescatado en caso de que él mismo hubiera actuado bajo estado de necesidad. Yes que la conciencia jurídica general admite una liberación de pena más ampliamente en caso de un actuar altruista que en uno egoísta. Luego, en el peligro causado por uno mismo ocurre exactamente lo contrario que en el de las relaciones jurídicas especiales: mientras que en estas el rescate de personas cercanas a costa de terceros es igualmente punible que la salvación del obligado a soportar peligros a través de personas cercanas (comp. VI, 2, in fine), aquí el rescate de personas cercanas a través del causante del peligro, por regla general, es igualmente impune que el del causante del peligro a través de personas cercanas. Entonces, la causación del peligro impide una tolerancia frente a! autor en estado de necesidad en menor medida que lo hace la vinculación mediante una relación jurídica especial; esto es coherente con

<sup>(7n)</sup>> Así también la opinión mayoritaria; comp., por mencionar sólo algunos autores, JESCHKCK, «Lehrbuch», 4ª ed., 1988, cap. 44, III, 2, a; HIKSCH, en *LK*, 10ª ed., art. 35, n. marg. 51; Rn>ou>H], en *SK*, 4ª ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 17; SCHMIDHÄUSER, «Studienbuch», 2ª ed., 1984, cap. 8, n. marg. 25.

<sup>(n)</sup> Muy enfático; otra concepción tiene sobre todo HIKSCH, en *LK*, 10ª ed., art. 35, n. marg. 65; RLÍIOI.PHI, en *SK*, 4ª ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. IV. 357

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R

el hecho de que se pueda conceder una atenuación al causante punible del propio peligro, la cual se deniega plenamente a aquellos que están en una relación jurídica especial.

#### 4, OTROS CASOS DE EXICIBUJIDAD DE SOPORTAR PELIGROS

Los deberes de portar peligros con base en una relación jurídica especial y en la causación del peligro son solamente ejemplos. Lo decisivo es si al autor «se le pudo exigir soportar el peligro». En primer lugar, la cláusula de tolerabilidad posibilita correcciones en el campo de las relaciones jurídicas especiales y de la causación del peligro: tampoco se puede exigir al soldado, policía y bombero el sacrificio seguro de su propia vida; también el causante del peligro puede invocar todavía el art. 35 (sobre todo en relación con personas cercanas a él), bajo ciertas circunstancias. Estos casos, en los cuales la cláusula de tolerabilidad tiene efectos restrictivos de la punibilidad, ya han sido expuestos arriba. Pero, accesoriamente, la cláusula de tolerabilidad también tiene una función extensiva de la punibilidad al exigir que se soporte el peligro, según las circunstancias, también fuera de las relaciones jurídicas especiales y de la causación del peligro. En este contexto se precisa destacar especialmente dos grupos de casos: las posiciones de garante y la proporcionalidad externa del daño ocasionado.

Se tendrá que afirmar un elevado deber de portar peligros también en relaciones que fundamenten una posición de garante en el marco de los delitos de omisión. Estos caen dentro de las «relaciones jurídicas especiales» del art. 35, primer párrafo, segunda oración, en la medida en que se trate de deberes frente a la colectividad (comp. VI, 2, al principio). Pero además, se tendrá que exigir también p. ej. a un marido que en caso de peligros que amenazan a la familia {bombas, incendios, naufragios, accidentes automovilísticos) no abandone a su esposa y a sus hijos, sino los ayude arriesgando que él mismo se ponga en peligro. Si él no hace esto, puede ciertamente contar con un marco penal atenuado, pero no con una liberación de pena, a diferencia de lo que sucedería si descuidada sus deberes en contra de la colectividad. Lo mismo rige también para las demás posiciones de garante como la comunidad de peligros en expediciones y escalamientos de

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

montaña, o para las relaciones de vigilancia y tutoría {guías de montañas, maestros). Igualmente, bajo este punto de vista debe aceptarse un mayor deber de portar peligros en los grupos de resistencia política en Estados totalitarios (comp. OLG Freiburg, HEST, 200; OGH, colección penal, tomo 3, p. 130 y ss.): luego, un miembro no puede invocar así como así el art. 35 cuando escapa a un peligro traicionando a sus camaradas. Por el contrario, aquí pertenece de manera inmediata la posición de garante por un hecho previo (ingerencia), sino en el campo de la propia causación (supra VI, 3). También es de aceptar un deber de portar el peligro en caso de proporcionalidad externa del daño ocasionado. Esto no significa que el daño evitado tenga que ser mayor que el daño causado; tales constataciones se enmarcan mayormente ya en el art. 34. P. ej. «también la muerte de otro realizada para evitar un simple estado de necesidad en el cuerpo (puede) ser disculpable» (RG, colección penal, tomo 66, p. 400). Del mismo modo, cuando no pueda salvarse la propia vida de otra manera, también puede exculparse la muerte de muchas e incluso de numerosas personas (BGH, NJW 1964, 730). Pero queda fuera de toda proporción y no merece tolerancia alguna cuando alguien elimina la vida de inocentes o les ocasiona un grave daño permanente para evitar lesiones corporales reparables.

Por cierto que al clasificar la proporcionalidad externa debe hacerse distinciones. Los simples maltratos sin daños para la salud o la integridad corporal no causan desde el principio ningún estado de necesidad para el cuerpo, y por lo tanto no deben excluirse recién a través del art. 35, primer párrafo, segunda oración (comp. supra III). Por el contrario, la amenaza de rotura de un brazo o una grave contusión fundamentan un estado de necesidad para el cuerpo, de manera que se excluye la responsabilidad penal cuando alguien sólo puede escapar a estos peligros causando dichos daños a otro. Pero cuando para evitar estos perjuicios se mata a otro se le provoca una parálisis parcial, esto ya no es tolerable; una liberación de pena sería aquí imposible por motivos preventivo-generales. También el grado del peligro amenazante puede llevar a una proporcionalidad externa en una acción de estado de necesidad. Esto es especialmente importante en los casos de peligros para la vida, en los que, en un estadio agudo, se

El estado de necesidad exculpante según el art. 15 C.E

exculpa cualquier acción necesaria para el salvamento. Pero también cuando la probabilidad de perder la propia vida sólo sea de 10%, esto ya es un peligro para la vida (comp. supra II, al principio) cuya evitación puede disculpar la lesión de otro. No obstante, no puede liberarse de pena a un autor en estado de necesidad cuando para evitar un peligro proporcionalmente muy lejano, se hace responsable por la muerte segura de un tercero. Aquí sigue siendo exigible el soportar el peligro relativamente reducido.

##### 5. La medición de la pena en caso de exigible tolerancia de peligros

Cuando alguien ha actuado con motivo de una situación de estado de necesidad según el art. 35, primer párrafo, primera oración, pero la tolerancia del peligro le era exigible, la pena puede ser atenuada según el art. 4-9, primer párrafo. Esto solamente deja de regir cuando el autor tenía que soportar el peligro considerando una relación jurídica especial. Esta diferenciación está justificada bajo puntos de vista de prevención general (comp. supra, VI, 1)<sup>(75)</sup>. Sin embargo, muchas veces se ha defendido la opinión de que la exclusión de una atenuación del marco penal en el caso de «relaciones jurídicas especiales» sería difícilmente compatible con el principio de culpabilidad<sup>(76)</sup>. Estos temores, por lo general, no están fundados porque la menor culpabilidad del obligado a portar el peligro puede ser tenida en cuenta dentro del marco penal normal. Los arts. 212, 213, 223, 223a, que por lo general son los afectados, posibilitan penas tan leves que no debe esperarse una medida penal exageradamente elevada. Sólo existiría un atentado contra el principio de culpabilidad en caso de un hecho en estado de necesidad que atente contra el art. 211 [asesinato], porque el marco penal absoluto no permite atender a la

El estándar de necesidad exculpante según el art. 35 C.E

<sup>(75)</sup> Es de otro parecer JAKOBS, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 20, n. marg. 19.

<sup>(76)</sup> S'm.F, en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, «Einführung in das Strafrecht», 2<sup>a</sup> ed., 1975, p. 75; JKSCHECK, «Lehrbuch», 4<sup>a</sup> ed., 1988, cap. 44, IV, 2; Schönke/Schröder/UNCKXKR, «StGB», 23<sup>a</sup> ed., 1988, art. 35, n. marg. 37; RLDOL'HI, en SK, 4<sup>a</sup> ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 18a.

culpabilidad disminuida. Por cierto que raramente ocurrirá que el autor de un estado de necesidad complete el tipo del art. 211; si ello llega a suceder se tendrá que emprender una reducción extralegal de la pena empleando los principios del BGH, colección penal, tomo 30, p. 105 y ss.

La atenuación facultativa de la pena que se otorga en los demás casos de exigibilidad, debe extenderse más allá de los casos del art. 35, primer párrafo, segunda oración, a aquellas constelaciones en las cuales juegue un papel la tolerabilidad (comp. supra II)<sup>1741</sup>. Luego, quien queda libre de pena sólo por el hecho de que no le era exigible emplear un medio menos grave, puede recibir una pena atenuada empleando analógicamente el art. 35, primer párrafo, segunda oración.

Sí se dan los presupuestos de una atenuación de pena según el art. 49, primer párrafo, debe precederse, por regla general, a la atenuación. Sólo puede prescindirse de esto cuando la atenuación de la culpabilidad es mínima, tal como puede ocurrir cuando existe una desproporción crasa entre el daño ocasionado y el evitado.

#### VII. LA SUPOSICIÓN ERRÓNEA DE UNA SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD

El legislador ha creado una regulación especial para el error sobre los presupuestos objetivos del art. 35: este error, si es invencible, excluye la responsabilidad penal según el art. 35, segundo párrafo, y, en lo demás lleva a una obligatoria atenuación del marco penal según el art. 49, primer párrafo. Por cierto que hubiera sido mejor otra regulación para una interpretación psicológica del privilegio de estado de necesidad, tal como todavía se puede ver en la fundamentación de la ley (comp. supra I). Puesto que la presión psíquica bajo la cual está el autor en caso de un estado de necesidad solamente imaginado es la misma que a uno verdadero, la solución que se hubiera ofrecido era equiparar el error a la verdadera situación de estado de necesi-

<sup>174</sup> Schönke/Schröder/LKXCKNKR, «StGB», 23- ed., 1988, art. 35, n. marg. 13a.

El estado (ic necesidad excúlpame tegua el jrt. .55 C.K

dad' '. No obstante, esto no hubiera sido apropiado (y mucslra la insuficiencia de una explicación psicológica del art. 35}. Pues ya un estado de necesidad existente de hecho no excluye la culpabilidad del autor, sino solamente conduce a que el legislador, por falta de una necesidad preventiva de punición, no lo haga responsable por su hecho. Estas necesidades preven uvas no se modifican cuando el estado de necesidad sólo existe en la mente del autor. No sería compatible con la tarea de una efectiva protección penal de bienes jurídicos que queden impunes hechos delictuosos dolosos y antijurídicos, que no resultan de ninguna situación objetiva de coerción, solamente por el hecho de una representación errónea y evitable del autor. Más bien, la responsabilidad solamente puede excluirse cuando el autor ha examinado con tanto cuidado la situación, que nadie puede extraer un reproche de su error. Por lo demás, su situación de motivación ya será suficientemente tomada en cuenta mediante una atenuación de la pena. Luego, la regulación legal es digna de aplauso. Lajurisprudencia antes de la entrada en vigor de la nueva parte general había representado una tercera solución, divergente tanto del art. 35, segundo párrafo, como de la equiparación del estado de necesidad con su suposición errónea. Según el BGHSt 5, 371 (374), siguiendo al Tribunal del Reich, debería darse un falsojuramento culposo (art. 163) cuando el autor había prestado una declaración falsa bajo juramento, suponiendo bajo un error vencible, que no podía escapar de otra manera a un peligro para su cuerpo y su vida. El BGHSt 18, 311 y s. había confirmado esta jurisprudencia para los homicidios bajo un supuesto estado de necesidad por orden superior, pero solamente había considerado posible una punición según el art. 222 (en vez de los arts. 211,212) cuando el autor por lo menos había evaluado otras escapatorias. La concepción que subyace a ambos fallos, en el sentido

<sup>1751</sup> En este sentido el art. 23 del Proyecto alternativo, 2 versión, 1969. En la fund amen tac ion se dice (ver idem, p. 61): «El llamado estado de necesidad putativo de exculpación es un auténtico estado de necesidad; allí se trata no de un problema del error, sino de uno sobre la tolerabilidad». Por elle, si bien debería ser después de todo posible, que el carácter culpable del error tenga efectos sobre la tolerabilidad, todavía no quedaba claro cómo debería suceder esto.

El estado de necesidad exculpante según el art. 33 C.R.

de que la suposición errónea de circunstancias exculpantes siempre o por lo menos después de una evaluación (aunque insuficiente) excluiría el dolo<sup>(75)</sup>, no solamente se ve sometida a casi las mismas objeciones político-criminales que la solución de la equiparación (comp. el párrafo anterior), sino también es dogmáticamente insostenible. Pues cuando un estado de necesidad realmente existente no modifica nada en el carácter doloso del hecho (sino sólo excluye, según el caso, la responsabilidad), su suposición errónea no puede naturalmente tener ninguna influencia en el dolo.

El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación (error de exculpación) no es, entonces, un caso auténtico de estado de necesidad, sino una categoría de error independiente al lado del error de tipo y de justificación, así como del error de prohibición. Especialmente no debe confundirse al error de exculpación con el error de prohibición. Quien se deja llevar a un hecho punible a través de una amenaza fingida de asesinato, sabe perfectamente que actúa antijurídicamente y se equivoca solamente sobre los hechos exculpantes. También las consecuencias jurídicas del error de exculpación se diferencian de las de otros tipos de error. Por cierto que ellas se asemejan a aquellas del error de prohibición. Pero mientras que según el art. 35, segundo párrafo, la atenuación de pena es obligatoria en caso de un error de exculpación vencible, esa atenuación sólo es facultativa en el caso correspondiente del error de prohibición (art. 17). La divergencia se fundamenta en que los casos de hostilidad al Derecho, que llevan a denegar la atenuación de pena en el error de prohibición, no tienen un paralelo en el error de exculpación.

Pese a la autonomía del error de exculpación frente a los demás tipos de error, puede presentarse conjuntamente con ellos. En esto tiene importancia práctica solamente la convergencia del error de exculpación y el de prohibición. Pues no será raro que un autor que se equivoca sobre las circunstancias exculpantes crea que su conducta ya está permitida. En tal caso, ambos errores tienen que ser evaluados

<sup>75</sup> Todavía el art. 20 del Proyecto de 1962 preveía tal regulación.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.P.

aisladamente. Cuando p. ej. alguien, durante el período hitleriano, reali/a un tipo penal obedeciendo una orden y creyendo erróneamente que si se hubiera negado a hacerlo hubiera sido fusilado, pero creyendo también que su acción estaba permitida bajo las circunstancias de entonces, se ha encontrado al mismo tiempo en un error de prohibición y en un error de exculpación. Si el error de prohibición era invencible, el autor deberá ser liberado de pena según el art. 17, primera oración, aun cuando el error de exculpación pudo ser evitado. A la inversa, si el error de exculpación era invencible, la responsabilidad del autor según el art. 35, segundo párrafo queda excluida, aun cuando el error de prohibición no merece una disculpa. Si ambos errores eran vencibles, el autor sigue siendo punible, pero se considerará una doble reducción del marco penal. Si el error de prohibición se basaba en una hostilidad al Derecho (lo cual es posible en delitos violentos cometidos en el período nazi), siempre se podrá todavía atenuar la pena según el art. 35, segundo párrafo; ciertamente, en ese caso, deberá evaluarse con un cuidado especial si el autor ha actuado «para evitar un peligro» (comp. supra V).

El caso más raro de error de exculpación es aquel en el cual el autor sólo se imagina que un peligro lo está amenazando. Tales constelaciones ocurren con la mayor frecuencia cuando alguien erróneamente se cree amenazado (p. ej., por los compinches de un delincuente) y comete un delito (p. ej. falso juramento) para conjurar el peligro; aquí también pertenece el estado de necesidad durante regímenes dictatoriales derivado de una orden y supuesto erróneamente. Pero también existe un error de exculpación cuando el autor que se encuentra realmente en una situación de necesidad no reconoce que el peligro es evitable de otra manera (RG, colección penal, tomo 64, p. 32; OLG Hamm, NJW 1958, 271; VRS 35, 1968, 3242) o no es actual (BGH, colección penal, Lomo 5, p. 374), o cuando desconoce circunstancias que fundamentan un deber elevado de portar el peligro según el art. 35, primer párrafo, segunda oración (p. ej. su propia responsabilidad por la situación de estado de necesidad). También actúa bajo los presupuestos del art. 35, segundo párrafo, quien, en un hecho de estado de necesidad a consecuencia de una confusión, cree erróneamente que el rescatado sería un pariente suyo.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.K.

La ley no ha regulado el caso de aquél obligado a portar un peligro según el art. 35, primer párrafo, segunda oración, que cae en un error sobre los presupuestos del art. 35, primer párrafo, primera oración; p. cj. alguien que ha causado por sí mismo el peligro no reconoce que todavía hay otras posibilidades de conjurarlo, o un policía que se cree erróneamente amenazado y se salva a costa de un tercero. Tampoco un error invencible puede aquí excluir la responsabilidad; pues cuando ni siquiera desaparece la responsabilidad penal cuando existen los hechos supuestos, con más razón no puede tener este efecto la representación de tales hechos por más invencible que sea. Sin embargo, la suposición inevitable de una situación según el art. 35, primer párrafo, número 1 debería ser equiparada a su existencia real. En este caso, si bien el policía no gozaría de la atenuación penal facultativa según el art. 35, primer párrafo, número dos, sí lo haría el «propio causante». Por el contrario, si el error era vencible, no puede darse una reducción del marco penal<sup>171</sup>; pues si no, el error vencible se equipararía a la verdadera existencia de la situación de estado de necesidad, lo cual contradiría el *telos* de la regulación legal del error. No se presenta un caso del art. 35, segundo párrafo, cuando el autor se equivoca sobre los límites del art. 35, primer párrafo, primera oración: él cree p. ej. que un hecho antijurídico también sería disculpado en caso de un peligro todavía no actual o cuando se descuida emplear un medio menos grave. Tal error es, como se sabe, irrelevante, pues en realidad el autor, en tales casos, supone una causa de exculpación que no existe. Si se quisiera tomar en cuenta este error, se haría depender los límites de la exculpación de las representaciones del autor; esto no es posible. También la creencia basada en reflexiones jurídicas erróneas, de que el soportar un peligro no sería exigible, no puede liberar al autor, pues éste también aquí está yendo por su propia cuenta más allá de las fronteras de la exculpación.

<sup>171</sup> HIRSCH, *LK* (10ª ed.), art. 35, n. marg. 77; véase opinión en Schönke/Schrieder/LMKMER, «StGB», 23ª ed., 1988, art. 35.11. marg. 44.

El estado de necesidad exculpante según el art. 35 C.R.

#### VIII. LA PARTICIPACIÓN EN EL HECHO EN ESTADO DE NECESIDAD

La participación en un hecho de estado de necesidad exculpado según el art. 35 es punible en lo fundamental, salvo cuando se produce a través de un pariente o de una persona cercana. Si bien a veces se defiende una opinión divergente que se apoya en la suposición de que el legislador habría renunciado aquí de manera general a «obligar la observancia de su norma utilizando a la pena como medio»<sup>1781</sup>. Pero no solamente se opone a la impunidad el principio de la accesoriad limitada que si bien presupone un hecho principal antijurídico para la punición de la participación, no presupone uno culpable (arts. 26, 27, 29). También la misma doctrina sobre el estado de necesidad habla en contra de una impunidad del partícipe, pues el hecho de estado de necesidad es desaprobado por el legislador y debe ser impedido por la norma. Si se practica tolerancia con el autor atendiendo a su situación apurada y se renuncia a la pena, entonces, para un tercero que no se encuentra en esta situación no se ha dado precisamente la circunstancia que fundamenta la exclusión de la responsabilidad. Si se permitiera la impunidad, entonces se estaría evadiendo la decisión del legislador quien ha liberado de pena la ayuda en estado de necesidad solamente en para los parientes y personas cercanas. Lo mismo rige para el coautor. Cuando de entre dos coautores sólo uno actúa bajo los presupuestos del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad (p. ej. porque el otro tiene un deber elevado de portar el peligro según el art. 35, primer párrafo, segunda oración), el otro seguirá siendo punible. Por cierto que a la punibilidad del partícipe en el estado de necesidad solamente le corresponde una mínima importancia práctica, pues cuando el tercero extraño ha creado o aprovechado la situación de estado de necesidad con la finalidad de dañar a un tercero, existe una autoría mediata. Cuando p. ej. el tercero extraño hace depender la salvación de un peligro para la vida

<sup>1781</sup> Ruju'Hi, *SK*, 4ª ed. (Nov. 1983), art. 35, n. marg. 21; el mismo autor: «Ist die Beteiligung an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53, Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStV* 78, 1966, p. 66; MALRACH/ZÜF, «Strafrecht, AT 1», 1987, cap. 33, n. marg. 40; MAURACH/GÖSSEL, «Strafrecht, AT 2», 7ª ed., 1989, cap. 53, n. marg. 95 y s.

de que el rescatado cometa antes un delito (p. ej. matar a un camarada que corre la misma suerte), el primero no es inductor, sino autor mediato, pues domina el hecho al servirse de un intermediario del hecho no responsable. Así, para la participación sólo quedan los casos de cooperación promotora o de apoyo, la cual no reduce más el campo de acción (limitado) del autor bajo estado de necesidad para tomar decisiones. Pero en tal medida también debe pensarse que la simple mención de la situación jurídica no puede ser punible. Quien p. ej. explica a alguien incurso en una necesidad, que su responsabilidad penal estaría excluida bajo los presupuestos del art. 35, no puede volverse punible cuando el que ha recibido la aclaración correcta comete a continuación un hecho de estado de necesidad. Finalmente también en los casos relativamente raros de la participación punible debe pensarse que para la medición de la pena tiene que contarse a favor del partícipe la preservación del bien jurídico reductora del injusto, la cual ha sido causada por él junto con la lesión del bien jurídico.

367

## Acerca del fundamento penal de la tentativa\*\*\*

\*\*\* N. d. X: artículo publicado bajo el título original en alemán «Über den Strafgrund des Versuchs» en el L.-H. a Haruo Nishihara, Baden-Baden, 1998, p. 157 y ss.

Ningún participante olvidará el Coloquio de Derecho Penal germano-japones, realizado en Septiembre de 1988 en la Universidad de Colonia, y en el cual Harno Nishihara, el ilustre homenajeado ahora, tuvo a su cargo el discurso de apertura<sup>(1)</sup>. Un tema central de las discusiones dogmático-penales de estas jornadas fue la cuestión de si el Derecho penal debería orientarse más en criterios objetivos que en criterios subjetivos. Mientras que la ciencia alemana prefiere mayoritariamente concepciones subjetivas, en el Japón predominan más bien las tendencias objetivas. La problemática se vuelve especialmente clara en el fundamento penal de la tentativa, el cual fue tratado con detalle por tres ponencias<sup>(2)</sup> durante las jornadas, y que también jugó un papel muy importante en el intercambio de opiniones. Esto me ha motivado a tratar nuevamente el tema sobre la base de la situación jurídica y la perspectiva alemanas. Ciertamente, en ello se muestra también que debería merecer más atención que la que actualmente tiene en el Derecho alemán una orientación más objetiva, tal como resalta en la ciencia y praxis japonesas.

<sup>(1)</sup> NISHIHARA, «Die Rezeption des deutschen Strafrechts durch Japan in historischer Sicht», publicado en Hirsch/Weigend (edil.), «Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland», 1989, p. 13-17,

<sup>(2)</sup> En el libro mencionado en la nota 1: Ryuichi HIRANO, «Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht» (p. 81-89); Yoshikatsu NAKA, «Der Strafgrund des Versuchs» (p. 93-100); Thomas WIKICKE, «Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre» (pp. 113-128).

Amva del fundamento penal del.-, r.,,,,,,,;.,.,.

Entiéndase, pues, este pequeño intento como la continuación de las conversaciones que tan fructíferamente comenzaron en Colonia hace diez años.

El fundamento de la tentativa atañe a la cuestión de por qué el legislador sanciona penalmente la tentativa en la medida prevista. La respuesta a ello es importante porque algunos problemas de la teoría de la tentativa ofrecen ayuda para la interpretación y porque proveen la base para cualquier juicio político-jurídico sobre su punibilidad. A continuación se esbozará primeramente una concepción personal y, seguidamente, se profundizará confrontando ésta con las concepciones divergentes más importantes.

1. LA TENTATIVA COMO PUESTA EN PELIGRO CERCANA AL TIPO O INFRACCIÓN CERCANA AL TIPO DE LA NORMA, QUE CAUSA UNA CONMOCIÓN JURÍDICA (TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN)

La formulación del título a la manera de frase puede expresarse en una oración como sigue: el fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo.

La peculiaridad de esta concepción radica en que atribuye el fundamento penal de la tentativa a dos raíces distintas. Primeramente se basa en la puesta en peligro cercana al tipo, la cual se encuentra en la tentativa idónea, pero subsidiariamente incluye también la infracción de la norma cercana al tipo que causa una conmoción [o impresión] jurídica, la cual caracteriza a la tentativa inidónea. No obstante puede justificarse la preeminencia del principio de la puesta en peligro de la tentativa idónea a través de cuatro fundamentos, sin que por ello el merecimiento de pena -por cierto mínimo- de la tentativa inidónea tenga que ser cuestionado en lo fundamental.

En primer lugar, la circunstancia de que la pena para la tentativa puede ser menor que para la consumación (art. 23, segundo párra-



Atorra del fundamento pena) di-la tentativa

fo) ^ habla a favor de que la tentativa se basa en la idea de la puesta en peligro. Pues, el que la puesta en peligro sea algo menor en relación con la lesión, es una idea que por lo demás también atraviesa nuestro Derecho penal; por ejemplo al pensarse de manera más benigna a los deliios dolosos de peligro en relación con los correspondientes delitos de lesiones o con la amplia impunidad de las puestas en peligro culposas. Si, por el contrario, para el interés punitivo estuviera en primer plano la idea de la «infracción de la norma», sería consecuente que la tentativa y la consumación tengan la misma sanción penal. Pues con respecto a la voluntad delictiva no hay diferencias entre la consumación y la tentativa.

En segundo lugar, para la importancia preponderante de la idea de la puesta en peligro en la punición de la tentativa puede hacerse valer el que las acciones que apuntan a la realización del tipo, pero que no son especialmente peligrosas, no deben tener una pena menor o no deben tener ninguna pena, tal como lo muestran la tentativa por una grave incomprensión [grob unverständige] '\*' y la tentativa irreal [o supersticiosa], igualmente impune según el Derecho alemán. Por el contrario, también aquí existen actos de ejecución delictiva, según la representación del autor; si en este componente subjetivo (en la infracción de la norma) radicara el fundamento esencial de la tentativa, sería desatinado retirar tan ampliamente la punibilidad.

<sup>(4)</sup> Todas la referencias a artículos se refieren a) C, P, alemán.

\*> N. d. T.: el art. 23, tercer párrafo del C. P. alemán, conoce un Lipo de tentativa que atenúa la sanción penal o puede llevar a eximir de sanción penal: la **tentativa por "grave incomprensión"**. Para la doctrina alemana, esta tentativa es diferente de la «tentativa inidónea», punible en lo fundamental, o que la «tentativa irreal» que siempre es impune. Con la **tentativa inidónea** se diferencia en que constituye solamente una parte de aquélla, en los casos en que hubo error grave en el sujeto activo sobre la plena idoneidad de su acción para llegar a la consumación, especialmente en cuanto a errores de un ciudadano con conocimientos promedio referido a la relación causal; p. ej. cuando cree que el azúcar tiene facultades venenosas. Con la **tentativa irreal** existe la diferencia de que ésta siempre presupone la creencia en supersticiones, es decir en fuerzas sobrehumanas, distintas de las conocidas según las leyes de la naturaleza. Ver al respecto ííSL-;R en: Schönke/Schroeder, «Strafgesetzbuch», Munich, 1997, p. 359 y s., n. niarg. 12yss.

Acerca del fundan  
penal de la tciilaüva

En tercer lugar, sólo puede explicarse también la punición de los actos preparatorios, íal como se encuentra en varios lugares de la ley, porque el legislador la considera especialmente peligrosa pese a su amplia lejanía del resultado. Cuando p. ej. es punible la roncercación para delinquir (art. 30, segundo párrafo), a diferencia de la resolución criminal de un autor solitario, que se manifiesta en los masivos actos preparatorios, esto se debe a la puesta en peligro especialmente peligrosa, la cual, según la opinión del legislador parte de la obligación contraída, de la vinculación volitiva. Ambas conductas no se diferencian en lo referente a la voluntad delictiva y a la cercanía al hecho, de manera que no puede explicarse el tratamiento legal diferenciado que surge de allí. Pero si en la punición de los actos preparatorios pasa a primer plano claramente la idea de la puesta en peligro, sería una contradicción valorativa hacer que rija algo distinto en la fundamentación penal de la tentativa.

En cuarto lugar, sólo la punibilidad de la tentativa idónea puede armonizar sin más con los fundamentos dogmáticos y de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal, mientras que la tentativa inidónea, como particularidad dogmática, precisa de una justificación adicional. El Derecho criminal alemán es un Derecho penal del tipo. La tentativa idónea se mantiene dentro del marco que de allí se deriva pues ella constituye una cuasi-realización del tipo y un hecho penal de puesta en peligro sui generis, parecido a un delito de peligro concreto<sup>141</sup>, por lo que cuenta entre las reconocidas formas delictivas. Esto concuerda con el hecho de que la tentativa idónea es un nivel previo a la consumación, de la misma manera que lo es la puesta en peligro. Todos estos presupuestos faltan en la tentativa inidónea, la cual no sólo es irrelevante para el tipo sino también inofensiva y no lleva a ningún sitio. Igualmente, sólo la tentativa idónea encaja dentro de la teoría de la imputación objetiva, constitutiva del tipo<sup>(5)</sup>: la tentativa idónea con-

<4> No existe una identidad, pues en un delito de peligro concreto el resultado sólo queda sin producirse por «na casualidad, mientras que en la tentativa idónea la frustración puede deberse a acciones de defensa previstas en el plan.

<sup>151</sup> Así también WKKU-:V», ver nota 2, 1989, p. 127.

Acerca del fundamento penal He [la tentativa](#)

sis te en la creación de un peligro no permitido, cuya realización caracteriza a la consumación. Pero precisamente en la tentativa inidónea no existe ningún riesgo.

Por otro lado, la tentativa inidónea tiene tantos parecidos con la tentativa idónea, que se puede justificar incluir la primera, en principio, en la punibilidad de la segunda como una forma deficitaria de la tentativa. En primer lugar. La tentativa inidónea se equipara a la idónea bajo el punto de vista de la necesidad preventivo-especial de pena: el autor de la tentativa idónea al igual que el de la inidónea, al entrar en el estadio de los actos de ejecución (aun cuando esta entrada sólo ocurra en su imaginación) muestra que es capaz y tiene la voluntad de cometer el delito (reservándose de un desistimiento). En consecuencia, no puede hablarse de que la punición de la tentativa inidónea desemboque en un Derecho penal de la actitud interna, pues el autor no solamente ha demostrado su voluntad negativa, sino también la ha volcado en acciones de ejecución.

Por cierto que, del lado del tipo, y con ello en sentido objetivo y bajo puntos de vista preventivo-especial es, ambos tipos de tentativa no son equiparables. Pues mientras que la tentativa idónea atañe a la esfera del tipo y desafía, debido a la puesta en peligro que radica en ella, una reacción del ordenamiento jurídico, en la tentativa inidónea, un peligro cercano al tipo sólo existe en la representación del autor. Si esto significara que la tentativa inidónea fuera objetivamente una nulidad, su punición difícilmente podría justificarse, pues una pena sólo puede ser justificada por los efectos de dañosidad social de una conducta y no solamente por la peligrosidad de un autor. Pero aquí tampoco faltan tales efectos dañosos socialmente. Pues la tentativa inidónea fundamenta, después de todo, una perturbación de la paz; altera el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad y ocasiona, a través de esto, una «impresión de conmoción jurídica». Cuando alguien p. ej. lanza una bomba, la cual no pudo estallar a consecuencia de un error de construcción desconocido por el autor-aunque reconocible-, esto provocará inquietud en la colectividad y frecuentemente la exigencia de una intervención sancionadora del Estado. Ciertamente, esta inquietud y la necesidad de sanción son esencialmente menores que si la bomba hubiera realmente estallado y solamente por un milagro no

Acerca del fundamento penal de la tentativa

hubiera lesionado a nadie. Precisamente aquí radica la diferencia, respecto al daño social, entre la tentativa idónea y la inidónea. La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una puesta en peligro real.

Por cierto que la vida común pacífica entre ciudadanos es considerablemente menos perturbada por una tentativa inidónea que por una idónea, tal como debiera resultar claro a través de las dos variantes del ejemplo de la bomba. Por ello se plantea la cuestión de cómo podría justificarse que la tentativa idónea y la inidónea -independientemente del art. 23, tercer párrafo- estén bajo el mismo marco penal. Esto puede explicarse por el hecho de que la culpabilidad, que en primera línea sirve de orientación para la pena, es la misma en el autor de la tentativa inidónea como en el de la idónea y que, en muchos casos, tampoco se diferencian las necesidades de pena preventivo-especial. El menor peso objetivo de la tentativa inidónea puede hacerse valer para atenuar la pena al considerar las consecuencias del hecho (art. 46, segundo párrafo).

Por otro lado, la atribución aquí realizada de la tentativa inidónea a los dos elementos (la peligrosidad subjetiva del autor y la impresión objetiva de la conmoción jurídica) explica sin problemas la menor punición de la tentativa por una grave incomprensión [grob unverständlich] y la plena impunidad de la tentativa irreal. Pues el efecto perturbador de la paz de una tentativa por grave incomprensión es considerablemente menor que en las acciones de tentativa (incluso inidónea) que, por su planificación y su ejecución, deben ser tomadas seriamente en cuenta. Una tentativa por grave incomprensión provoca más hilaridad que preocupación; por eso puede tratarse con más benignidad o incluso eximirse totalmente de sanción. La tentativa supersticiosa, finalmente, en la cual el autor se sirve de fuerzas irreales (como la magia), provoca sólo movimientos negativos con la cabeza y dudas sobre la salud mental del autor. Por ello, dado que sus efectos sociales son irrelevantes, puede quedar totalmente impune.

La concepción aquí desarrollada es una teoría unificadora, en la cual se vinculan elementos de la teoría «objetiva» de la peligrosidad, elementos de la «teoría (subjetiva) del autor» y de la «teoría de la impresión». Ella explica la tentativa idónea con la nueva teoría de la

Acerca del fundamento penal de la tentativa

peligrosidad (comp. 2) y fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea, en sentido subjetivo, con ayuda de la teoría del autor (comp. 3), y en sentido objetivo, mediante la teoría de la impresión (comp. 4). Luego, esta teoría no puede clasificarse preponderantemente en una concepción subjetiva u objetiva, sino lleva a una síntesis entre los numerosos elementos subjetivos y objetivos de la tentativa. La exposición alberga con ello una teoría que ya había sido desarrollada en una manera muy similar (pero por cierto de manera mucho más breve) por KOHLRAUSCH/LANCE. Según ellos<sup>(\*)</sup>: «Teoría de la unificación. La tentativa punible se da cuando la acción era peligrosa para el bien jurídico atacado o cuando muestra al autor como peligroso atacante del bien jurídico». Entonces, también aquí se separan claramente las dos raíces de la tentativa punible: la peligrosidad objetiva del hecho y la peligrosidad subjetiva del autor. Tampoco se soslaya el lado objetivo de la tentativa inidónea cuando se dice: «Adicionalmente hay que considerar de manera preventivo-general la impresión hacia afuera».

Cuando aquí se deduce la tentativa de dos raíces -primariamente de la puesta en peligro cercana al tipo y, subsidiariamente de la infracción de la norma cercana al tipo y que causa conmoción al Derecho-, esto debe aguzar la comprensión de que no es tan evidente la punibilidad de la tentativa inidónea (o de todas sus formas de aparición), tal como por lo general se supone en Alemania<sup>\*71</sup>. Todavía alrededor de 1930 casi la totalidad de la ciencia alemana veía en la puesta en peligro el único motivo de punición de la tentativa; e incluso actualmente en el Derecho extranjero (p. ej. en Austria, Italia, Holanda, Estados Unidos, Japón) la tentativa inidónea es, en muchos casos, impune<sup>(8)</sup>. El que la ciencia alemana hoy en día sólo rara vez plantea problemas para el merecimiento de pena de la tentativa inidónea guarda relación, según la historia dogmática, con el reconocimiento del

<sup>71</sup> KOHLRAUSCH/LANGE, StGB. 1959 (42~ ed.). com. previo art. 43, tercer párrafo, núm. 3.

<sup>(\*)</sup> En este sentido también DICKK, *Jus*, 1968, p. 157 y ss.; RIXNER, LH a Maurach, 1972, p. 51 (70 y ss.); WILGEND, ver nota 2, 1989, p. 128.

<sup>(8)</sup> Comp. JESCHKE/WILKING, «Strafrecht. AT» (5\* ed.), cap. 49 IX; y especialmente sobre el Derecho japonés, NAKA, ver nota 2, 1989, p. 93 y ss.

Acerca del fundamento penal de la tentativa

injusto personal impuesto por la teoría final de la acción: puesto que a la tentativa inidónea se le atribuye el mismo desvalor de la acción que a la tentativa idónea, no se pone en duda su merecimiento de pena. Pero con ello se pasa por alto que a la tentativa también le debe corresponder un desvalor específico de resultado (peligrosidad o perturbación de la paz, el cual, si bien no está ausente en la tentativa inidónea, es considerablemente menor.

Por eso, además de los mencionados buenos motivos para la punibilidad de la tentativa inidónea, hay también apreciables argumentos en contra. Uno podría preguntarse si realmente necesita punición una tentativa totalmente inidónea, y por ello inocua *in concreto*, cuando queda impune un autor con un proyecto delictivo idóneo y altamente peligroso que fracasa faltándole muy poco para alcanzar la frontera de la tentativa. También puede dudarse de la necesidad de sanción penal por el hecho de que las tentativas inidóneas que no son cometidas de forma típicamente delictiva (el decidido a envenenar vierte sin querer azúcar en el café), apenas podrían ser descubiertas y por ello, generalmente, permanecen impunes por este motivo. Luego, el que se sancione penalmente la tentativa inidónea, no se deriva sin más de un solo motivo penal de la tentativa, válido para todos los casos, sino necesita una decisión especial del legislador que amplíe y complete el fundamento penal de la tentativa idónea. La decisión que ha tomado el legislador alemán es, por cierto, defendible, pero de ninguna manera obligatoria.

2.

LAS TEORÍAS OBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Las teorías objetivas que, tal como se ha expuesto y en contra de la actual concepción mayoritaria en Alemania, mencionan correctamente el motivo penal de la tentativa para el caso normal de la tentativa idónea, predominaban antes en Alemania. Por cierto que el C. P. de 1871 también había dejada abierta expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea<sup>1</sup>. Hoy en día, estas teorías ya no

<sup>(1)</sup> Comp. al respecto RGSt. I, 439 (411); von HIPPEL, «Strafrecht II», p. 416, c. másref.

Acerca del fundamento penal de la tentativa

son apropiadas para explicar plenamente la punibilidad de la tentativa, debido a la indudable punibilidad de la tentativa inidónea en el Derecho vigente. Pero aún así ellas deben ser todavía explicadas debido a su importancia para la tentativa idónea. No obstante, la explicación puede ser realizada de manera breve, pues ya han sido ponderadas las ventajas de estas teorías en el marco de nuestra propia concepción, y las parcialmente complicadas cuestiones de la delimitación entre tentativa idónea e inidónea, que antes habían determinado la discusión, ya no necesitan ser tratadas con profundidad, pues carecen de importancia debido a la punibilidad de la tentativa inidónea.

La designación de estas teorías como «objetivas» lleva a confusión. Pues cualquier teoría «objetiva» tiene que incluir en sí elementos subjetivos: el dolo y el plan del hecho también son importantes para determinar la tentativa en cualquier teoría objetiva. Por eso, hubiera sido mejor hablar de teorías de puesta en peligro o, en todo caso, de teorías mayoritariamente objetivas. Sin embargo, para no dificultar la comprensión, también se empleará aquí la terminología tradicional.

Deberá tenerse como una verdadera forma de teoría objetiva a la (nueva) teoría de la peligrosidad<sup>(11)</sup>, la cual considera como idónea a la tentativa peligrosa, determinando el peligro igual como ya antes lo había hecho la teoría de la adecuación y como lo hace ahora la teoría de la imputación objetiva. Según ella, una tentativa es peligrosa (y con ello, idónea) cuando un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado ex-ante que el resultado era seriamente posible. Esto puede ilustrarse imaginando los comentarios sobre los hechos de nuestro espectador hipotético acabado de describir. En la tentativa idónea éste gritaría al autor: «Déjalo»; en la inidónea: «Oye tonto»<sup>111</sup>.

<sup>(11)</sup> La denominación proviene de von Himn., «Strafrecht II», 1939, p. 425. <sup>111</sup> Von Hii'i'o, "Strafrecht II", 1930, p. 428.

Acerca del fundamento penal de la tentativa

El primero que defendió la teoría de la peligrosidad en esta forma fue VON LRSZT<sup>(1a)</sup>; después fue von HIPPEL quien la perfeccionó brillantemente<sup>^</sup>. Esta teoría es preferible a otras expresiones de la teoría objetiva pues armoniza con el concepto de peligro de la teoría de la imputación objetiva y, con ello, se integra sin rupturas en los fundamentos dogmáticos de la teoría del tipo. Una de las debilidades de esta teoría objetiva de la tentativa, al igual que de todas las que solamente se basan en la idoneidad de la acción del autor, radica en que el concepto de peligrosidad no constituye un parámetro para la delimitación entre tentativa y acto preparatorio impune: también los actos preparatorios ya constituyen un peligro que se incrementa continuamente hasta llegar al resultado. Es mejor para la delimitación basarse en un peligro concreto<sup>114</sup>. No obstante, no toda tentativa idónea constituye un peligro concreto tal como hoy se entiende este concepto<sup>\*151</sup>. Por ello, sería mejor hablar de un peligro cercano al tipo, y con ello, de un peligro sui generis.

3.

LAS TEORÍAS SUBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Según la teoría subjetiva, propugnada por la jurisprudencia, el fundamento penal de la tentativa radica en la puesta en acción de la voluntad hostil al Derecho [Betätigung des rechtsfeindlichen Willens] a través del autor. Esta concepción ha sido defendida desde antiguo por el Tribunal del Reich, y asumida por el Tribunal Supremo sin esforzarse por realizar una fundamentación independiente<sup>117</sup>.

<sup>(1-)</sup> En todas las ediciones de su «Manual», la última en 1919 (21 V22ª ed.), p. <200. La posterior reelaboración de Eb. Schmidt (1927, 25ª ed., p. 302 y ss.) la transformó en la (teoría de la «ausencia de tipo». Von Hn'i'i-i, comenta esto: «Con ello se ha separado del Manual de von Lis/t una de sus partes más brillantes» («Sfatrecht II», 1930, nota 4).

H3> Von Hii'PKi, «Strafrecht-II», 1930, cap. 30; otros seguidores de esta doctrina -"er en op. cit. P. 427, nota 1. Conip. al respecto también en el discípulo de von Hippel, Hans HK.VCKKL, «Der Gefährbegriff im Strafrecht», 1930, p. 37 y ss.

<M> Von Hii'TEL, «Strafrecht II», 1930, p. 425 y ss.

"s< Sobre la explicación de la diferencia comp. supra nota 4.

Acerca del fundamento penal de la tentativa

Frecuentemente se afirma que desde 1975 esta teoría constituye la base del Derecho vigente. Así, la Comisión especial para la reforma penal habla de «la teoría subjetiva de la tentativa reconocida expresamente en el nuevo C. P.»<sup>17)</sup>. Por otro lado, también en la literatura ella no deja de tener adeptos<sup>18)</sup>.

La fundamentación de la teoría subjetiva se apoya sobre todo en dos argumentos, contenidos ya antes en una sentencia de la Cámara penal unificada del Tribunal del Reich (RGSt. 1, 439). En primer lugar, el RG opina que «no podría haber dudas de que en la tentativa la voluntad criminal es aquél fenómeno contra el cual se dirige la ley penal, a diferencia del resultado antijurídico manifestado en la consumación y proveniente de la voluntad criminal. Propiamente dicho, cualquier referencia a la consumación como opuesto de la tentativa tendría que quedar fuera de consideración, y no debería exigirse más que el pensamiento criminal se haya manifestado en acciones externas» (idcm, p. 441 y s.).

Junto a este énfasis en la voluntad criminal, aparece como un segundo argumento principal la idea de que no podría diferenciarse entre tentativas peligrosas y no peligrosas, porque en cada tentativa faltaría la causalidad para el resultado. Puesto que no podría distinguirse entre las diferentes formas de causalidad y de no-causalidad, cualquier tentativa resultaría no peligrosa. «Ya que, si la acción, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico, esto demuestra rotundamente que no podía lesionarlo en el caso concreto; y si no estaba en condiciones para ello, entonces la acción no ha puesto objetivamente en peligro al bien jurídico...».

<sup>(17)</sup> RGSt. 1, 439; 1, 451; 8, 198; 17, 158; 24, 382; 38, 423; 42, 92; 47, 189; 49, 20; 50, 35; 58, 303; 60, 138; BGHSt. 11, 324 (327).

<sup>(18)</sup> En ese sentido BAI/MAXN/WEBER, «Strafrecht AT» (9ª ed.), cap. 32, 1, 2c; crítica y acertadamente Mi:vrn ZStW 87 (1975), p. 603.

<sup>(19)</sup> Conip. por mencionar sólo la literatura reciente, BAUMANN/WKBKR, «Strafrecht AT», (9ª ed.), cap. 32, I, 2, c; DUKHKK/TKÜNDLK (48ª ed.), cap. 22, n. marg. 24; LAXCKXKR (21ª ed.), cap. 22, n. marg. 11.

381

Acerca del fundamento penal de la

Estos fundamentos no son convincentes<sup>19)</sup>, e incluso tampoco cuando, siguiendo el derecho vigente, se parte de la punibilidad fundamental de la tentativa inidónea. En lo que concierne primeramente a la voluntad criminal puesta en actividad como fundamento de la punibilidad de la tentativa se objeta tres cosas. En primer lugar, esta suposición no puede explicar por qué la tentativa sólo en una parte de los casos (y aún entonces por regla general) es penada de manera más benigna que la consumación, por qué en la tentativa por una grave incomprensión (según el art. 23, tercer párrafo) la pena se reduce aún más e incluso puede prescindirse de ella, y por qué la tentativa supersticiosa es totalmente impune. Pues en todos estos casos se da por igual una actividad de la voluntad hostil al derecho, de manera que las diferencias de punibilidad sólo pueden ser explicadas por graduaciones de la peligrosidad (comp. supra 1).

En segundo lugar, la teoría subjetiva tampoco puede aclarar por qué los actos preparatorios son fundamentalmente impunes; pues también en ellos se manifiesta una voluntad hostil al derecho. La teoría subjetiva también ha llevado, pues, a un dudoso adelantamiento de la punibilidad de la tentativa en la jurisprudencia del RG<sup>ia(1)</sup>, el cual ha tratado de ser corregido por el legislador de la nueva Parte General a través de la fórmula conceptual del art. 22. Ya esta circunstancia muestra lo errado que es el que la Comisión especial] hable de un reconocimiento legal de la teoría subjetiva. Por el contrario, la normal impunidad de los actos preparatorios resulta sin más de su escasa peligrosidad (comp. ya supra 1).

Finalmente, tampoco convence que la tentativa deba ser algo totalmente opuesto a la consumación (RGSt 1, 441) al considerar que en aquélla el fundamento penal sea la voluntad, mientras que en ésta

<sup>(19)</sup> Comp. acerca de la crítica de la teoría subjetiva de la tentativa, entre otros, von HIM-KL, «Strafrecht II», 1930, p. 421 y ss.; Si:K\m:i, NJW 1965, p. 1881; DIC:KE, JuS 1968, p. 157; WKK;I-;M>, como en la nota 2, 1989, p. 123 y ss.; JAKOHS «Strafrecht AT» (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 17.

<sup>(20)</sup> Una impresionante recopilación de esta jurisprudencia en MALKACH/ GÓSSFL., «Strafrecht, AT» (7ª ed.), cap. 40, n. marg. 29 y ss., en donde se enfatiza acertadamente «que el extremo subjetivismo violenta la ley» (n. marg. 37).

382

Acerca del fundamento penal de la tentativa

lo sea el resultado. Pues con ello se desconoce que la tentativa, por regla general, constituye un estadio de tránsito y previo a la consumación y, con ello una afección real del bien jurídico, aunque sólo en forma de una puesta en peligro. La suposición de una relación de oposición separa a la tentativa del tipo y rompe el sistema del Derecho penal en dos partes separadas. Esto no se corresponde con los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho penal (comp. supra 1).

El segundo argumento del RG, de que la no-producción del resultado siempre probaría la no-peligrosidad de la acción del autor, de tal manera que no podría diferenciarse por este motivo entre acciones peligrosas y no peligrosas del autor, ha sido hoy en día claramente desvirtuada y es apenas defendida<sup>211</sup>. Este argumento se basa en la teoría de la equivalencia de von Buri y en la conclusión naturalística equivocada de que no habría más diferencias que las causales, en la cual también se basa la similarmente errónea teoría subjetiva de la participación. Pero naturalmente puede diferenciarse entre acciones ex-ante peligrosas y no peligrosas, tal como desde hace tiempo lo hacen la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva. También el legislador emplea el concepto de peligro en distintos contextos, si bien no siempre con el mismo contenido (comp. solamente los arts. 34, 35, 223a, 315a, b y e), lo cual no sería posible si no existiera algo así. Ya von HIPPEL<sup>121</sup> ha juzgado sarcástica, pero acertadamente: «Según von Buri y el Tribunal del Reich, todos nuestros participantes en la guerra que regresaron a casa no estuvieron expuestos a ningún peligro. Si bien ellos decían que sí..., esto era un...error. ¡Sólo estuvieron en peligro los que cayeron! Puesto que el curso causal es objetivamente necesario, ¡quien quedó vivo, tampoco estuvo en peligro!» Entonces, la teoría subjetiva no es sostenible en su forma conocida hasta ahora y contradice el Derecho vigente. Dos modernas varian-

«Se exceptúa a BAVMANS/WKBI-K, «Strafrecht, AT- (9\* ed.), cap. 32,1, 2, c: toda tentativa mostraría «a través de su no-consumación, que era inidónea para madurar en un hecho delictivo consumado».

«Von Hii-i'EL, «Strafrecht ti», 1930, p. 422.

Acerca de la teoría subjetiva de la tentativa

tes de la teoría subjetiva formulan mejor sus aspectos aceriados, pero tampoco son apropiadas para servir como el único fundamento penal de la tentativa.

Una «rama de la teoría subjetivista de la tentativa»<sup>(a1)</sup>, nunca perfeccionada, pero digna de atención, sigue una «orientación preventivo-especial en la peligrosidad del autor» (teoría del autor). Esta concepción se remite a E. von LISZT<sup>(im)</sup>, para el cual el fundamento penal de la tentativa es «la voluntad maligna comprobada una vez y, según toda probabilidad, duradera...la cual todavía puede procrear miles de nuevas acciones peligrosas. También LANGE (comp. sobre este autor supra 1)<sup>(i^)</sup> considera que existe una tentativa punible cuando la acción muestra «al autor como un atacante peligroso» del bien jurídico. También la concepción de BOCKELMANN<sup>\*26</sup>, «de que la tentativa recién puede existir donde el dolo delictivo ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica» puede emplearse para la teoría del autor.

Esta concepción reconoce acertadamente el componente preventivo-especial de la punición de la tentativa (comp. supra 1). Ella también puede explicar mejor que la teoría puramente subjetiva, basada en la «voluntad», la impunidad de los meros actos preparatorios y la menor punición de la tentativa por grave incomprensión. Pues recién se muestra que alguien es capaz de cometer un delito, que es un «atacante peligroso», cuando sobrepasa el umbral de la tentativa sobre la base de su representación. También es evidente la mínima peligrosidad del autor bajo una grave incomprensión.

Pero esta teoría del autor, si se pretende que sólo ella pueda fundamentar la punición de la tentativa, se ve expuesta a la objeción

<sup>(231)</sup> Sobre esto y lo que sigue, WKICKND, como en nota 2, 1989, p. 118. <sup>(241)</sup> E. v. LISZT, *ZStW*25 (1905), p. 24, 27, 36.

<sup>(53)</sup> KOHLKAVSC H/LANC»: , «StGR» (42<sup>1</sup> ed.), 1959, com. previo, art. 43, tercer párrafo, número 3. Sin embargo, allí se evita basarse unilateralmente en la teoría del autor a favor de la (teoría de la unificación, también aquí representada (comp. ya supra 1).

<sup>(K1)</sup> BOI:KI-J VIAX.S,JZ1954, p. 473.

Acerca de la imputación penal de la tentativa

de que en un Derecho penal del hecho no es suficiente para la punición sólo una peligrosidad, por más elevada que sea. También es conocido que no siempre existe una necesidad de punición preven tivo-especial, ni siquiera en los delitos consumados; en las tentativas inidóneas esto será todavía más frecuente. Luego, para legitimar la punición de la tentativa se tiene que recurrir siempre también a la puesta en peligro objetiva o por lo menos a la perturbación de la paz desencadenada por el autor. También podrá verse a la concepción de JAKOBS<sup>(27)</sup> como una variante de la teoría subjetiva, puesto que, según ella, «el fundamento penal de la tentativa (consiste en) la expresión de un quebrantamiento de la norma». Tal quebrantamiento de la norma faltaría en la tentativa supersticiosa: «Una norma realmente existente no será quebrantada cuando el autor, al formar su dolo, especialmente al escoger sus medios, parte de una configuración del mundo no relevante comunicativamente». Esta teoría explica bastante bien la punibilidad de la tentativa inidónea al hacer valer, acudiendo a la «expresividad», también su lado objetivo. Ella también evita la estricta separación entre consumación orientada al resultado y tentativa portadora de la voluntad, la cual es el punto de partida de la teoría subjetiva y de la jurisprudencia; pues ve en la tentativa y en la consumación por igual «un ataque perfecto a la validez de la norma»<sup>(28)</sup>. Pero esta teoría prueba demasiado: cuando no existe ya ninguna diferencia entre hecho consumado y tentativa inidónea en relación con el injusto, esto se vuelve precisamente en el prototipo del injusto. Al ver JAKOBS en el delito «no primariamente la producción de lesiones a bienes», sino «la lesión de la validez de la norma» í<sup>2</sup>-<sup>11</sup>, se aparta de los fundamentos objetivos del Derecho penal del hecho a favor de una subjetivación, la cual se aproxima mucho al Derecho penal de la actitud interna. Las graduaciones de punibilidad

<sup>(27)</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT» (2<sup>a</sup> ed.), cap. 25, n. marg. 21. <sup>(28)</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT» (2\* ed.), cap. 25, n. marg. 17. <sup>(29)</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT» (2<sup>a</sup> ed.), cap. 25, n. marg. 15.

Acerca de la imputación penal de la tentativa

entre consumación, tentativa y tentativa por grave incomprensión ya no pueden ser explicadas si todas estas conductas contienen el mismo «ataque perfecto a la validez/ de la norma».

También sería consecuencia de esta concepción la punición de los actos preparatorios como «quebrantamiento expresivo de la norma». Si bien JAKOBS quiere evitar esto exigiendo un quebrantamiento de la norma «cercano al tipo»<sup>(30)</sup>, esta restricción por sí misma correcta no puede ser fundamentada a partir de su concepto teórico<sup>(31)</sup>. ¿Por qué el quebrantamiento de la norma debe estar «cercano al tipo» si para el injusto no importa en absoluto la lesión de bienes protegidos en los tipos? Se tiene que concordar con el resumen efectuado por WEIGEND<sup>(32)</sup>: «Si el injusto merecedor de pena radica en la activa oposición contra el valor social protegido penalmente, entonces no sólo se carece de criterios capaces de ser fundamentados teóricamente para una delimitación entre tentativa y actos preparatorios, sino incluso de una explicación para el hecho de que actos preparatorios 'inequívocos' sean siquiera exceptuados de la punibilidad».

#### 4. LA TEORÍA DE LA IMPRESIÓN

Una teoría, defendida antes aisladamente<sup>(33)</sup> y ahora con más frecuencia y con diversas acentuaciones<sup>(34)</sup>, basa el fundamento penal

<sup>(30)</sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT» (2<sup>a</sup> ed.), cap. 25, n. marg. 21

<sup>(31)</sup> Así también WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125, nota 64.

<sup>(32)</sup> WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125.

<sup>(33)</sup> Acerca del desarrollo histórico ampliamente ZAOIRK, «Das Unrecht der versuchten Tat», 1989, p. 21 y ss. Anteriores defensores de esta teoría son, entre otros, BLXCEK, *ZStW*6 (1886), p. 291 y ss., 361; Houx, *ZStW*2fi (1900), p. 309 y ss., 357; von BAK, «Gesetz und Schuld im Strafrecht II», 1907, p. 490 y s., 527 y ss.; von GILMIM;LX, «Die Rechtswidrigkeit des Versuchs», 1932.

<sup>(34)</sup> Comp. entre muchos otros GILMIM;LX, LH a Welzel, 1974, p. 712; *LK* (10<sup>a</sup> ed.)-Voci.KR, com. previo art. 22, n. marg. 52; MAIRACH/GÖSSEJ, «Strafrecht AT», lomo 2 (7<sup>a</sup> ed.), cap. 40, n. marg. 40 y ss.; J. Mm.R, *ZStW*7f (1975), p. 604; PAI'ACHoKf.KJi, «Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch?», 1988, p. 200 y ss.; Roxin, *JuS* 1979, p. 1; E.SER en Schönke/Schröder

Acerca del fundamento penal <lt! • tentativa

de la tentativa en la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor. Aun cuando no se produce el resultado, la conducta del autor fundamenta una perturbación de la paz social que exige una sanción. Esta teoría mantiene un término medio entre lo subjetivo y lo objetivo, entre injusto de la voluntad y la puesta en peligro, tomando como motivación para la ptmición no solamente la voluntad criminal puesta en acción, sino también la impresión que causa en la colectividad, pero sin exigir una puesta en peligro, la cnal sólo se presenta en la tentativa idónea. Ella también explica bastante bien la diferencia de punibilidad entre consumación, tentativa común, tentativa por grave incomprensión y tentativa supersticiosa: la impresión que conmociona jurídicamente, y con ello la necesidad de pena, disminuye cada vez más en el orden descrito. Igualmente se puede decir que los actos preparatorios quedan plenamente impunes porque todavía no ocasionan una impresión que conmocione jurídicamente, o que esa impresión es todavía tan pasajera que no exige una punihilidad.

Aunque esta teoría es hoy en día casi dominante, ha experimentado decididas objeciones en nuevas publicaciones<sup>1</sup>. No es acertada la objeción de que «las impresiones que conmocionan al Derecho» serían en la realidad demasiado cambiantes e indeterminadas como para poder explicar algo con ellas. Pues no pueden importar las impresiones de observadores reales, los cuales no tienen por que estar presentes en el hecho. Lo decisivo tiene que ser si la acción del autor es apropiada para ocasionar una impresión de conmoción jurídica en un observador promedio imaginario que conoce todos los hechos externos e internos. Entonces, se trata de un juicio de valor. Pero incluso bajo esta base todavía persisten las dudas.

(25ª ed.), com. previo arl. 22, n. marg. '22; Rumiun-n en SK(ti<sup>4</sup> ed.), com. previo arl. 22, n. marg. 13 y ss.; SCHCNKMANX, GA 1980', p. 311; WKSSELS, «Strafrecht AT» (26<sup>i</sup> cd.), n. mavg. 594; WOITKR, «Objekuve und persónate Zureclmimg von Verhalten, Gefahr und Verlet/ung in einem ftnkktionalen Straftatsyslem», 1981, p. 79 (pero con justicia sólo para el caso excepcional de la tentativa jnidónea).

<sup>(SS)</sup> Así p. ej. enjAKuns, -Strafrecht, AT», cap. 20, n. marg. 20; KVHL, JuS, 1980, p. 507; el mismo autor, «Strafrecht, AT», cap. 15, n. marg. 40 y ss.; WEICEXD, como en la nota 2, 1989, p. 121 y ss.; ZAC/YK, como en la nota 33, 1989, p. 21 y ss.

Aci.Tia cid fundamento penal cié la tentativa

En primer lugar, al igual que en la teoría del '-quebrantamiento expresivo de la norma» -teoría cercana a la de la impresión- es criticable que esta concepción encaje en todas las formas de aparición de la conducta delictiva, incluyendo a la consumación. Es decir que, en realidad, no contiene nada específico para la tentativa, y sin embargo atribuye todas las acciones punibles a un punto de vista que está precisamente elaborado para la tentativa inidónea (y ctiyo lado «objetivo» efectivamente explica de manera correcta, comp. supra 1).

A continuación, sólo de manera muy imprecisa puede delimitarse la tentativa de los actos preparatorios recurriendo a la «impresión de conmoción jurídica». Y es que también las medidas preparatorias ya decididas son apropiadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica. Sí bien la impresión de conmoción jurídica es cada vez más persistente conforme se acerque a la consumación, la frontera entre la impunidad y la punibilidad no se puede extraer del criterio de Ja impresión, sino de un punto de vista sobre la cercanía al tipo orientado en los fundamentos de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal. Finalmente, el criterio de la impresión aparentemente unitario tampoco cambia nada el que la impresión de conmoción jurídica que fundamenta la punibilidad de la tentativa sea derivada en parte de la objetiva puesta en peligro, y también en parte solamente de la perturbación de la paz ocasionada por el quebrantamiento de la norma. Luego, esta doble vía, de hecho inevitable para la fun¿lamentación de la tentativa, tampoco puede ser realmente superada mediante el compromiso expresado en la fórmula de la teoría de la impresión.



# Acercas de la tentativa en el derecho penal<sup>n</sup>

realizarse.

La doctrina de la tentativa pone a la ciencia ante dos problemas centrales: por un lado üene que darse una delimitación entre la preparación [o «actos preparatorios»] y la tentativa y, por otro lado, tienen que definirse con más detalle los presupuestos del desistimiento voluntario [n. d. t.; llamado usualmente «desistimiento espontáneo»]. Estos problemas son importantes debido a que su solución decide sobre la impunidad o ia punibilidad: la preparación es por regla general impune mientras que la tentativa es punible; el desistimiento voluntario lleva a la impunidad, el involuntario deja subsistente la pena de la tentativa en toda su plenitud.

El Código penal mejicano para el Distrito Federal admite una tentativa "cuando la resolución a cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...». De manera muy similar ya se había pronunciado el antiguo Código penal alemán de 1871 al delimitar la preparación de la tentativa. Según ello, comete una tentativa «quien ha puesto en práctica ja resolución a realizar un delito grave o un delito menos grave, mediante acciones que contengan un inicio de la ejecución de este delito grave o delito menos grave...". Según la parte general del Código penal alemán vigente desde 1975, comete una tentativa «quien, según su representación del hecho, da inicio inmediatamente a la realización del tipo». Todas estas formulaciones dice más o menos lo mismo. Pero, en lo particular queda sin determinar qué debe entenderse por «actos ejecutivos», «inicio de la ejecución» o un «dar inicio inmediatamente». Es tarea de la ciencia llegar a elaborar expresiones más concretas.

El artículo 15 del Código Penal

Similares dificultades resultan del desistimiento de la tentativa. El ya mencionado Código mejicano otorga libertad al autor «sí el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito», mientras que el nuevo Código penal alemán renuncia la pena, con palabras casi idénticas, cuando el autor «voluntariamente renuncia a continuar la ejecución del hecho o impide su consumación». Pero ambas leyes no dicen cómo deben interpretarse, en caso de duda, los conceptos de renunciar, impedir o voluntariedad.

En lo que sigue quiero limitarme a estos dos problemas centrales. En primer lugar trataré sobre la delimitación entre preparación y tentativa y, enseguida, sobre el desistimiento de la tentativa.

#### A. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA

Nuestro punto de partida es que toda tentativa tiene dos presupuestos conceptuales: una resolución hacia el hecho y el inicio de la ejecución. Es necesaria una resolución hacia el hecho porque la tentativa sólo puede ser cometida dolosamente; no existe una tentativa imprudente. El inicio de la ejecución es necesario porque todo lo que está antes de éste constituye una preparación impune. La impunidad de la preparación resulta de principios del estado de derecho de un Derecho penal. Según esto, la punición presupone, en realidad, una realización típica. La punibilidad de la tentativa extiende la aplicación de la pena a acciones que se encuentran en la frontera de la realización típica; o sea trae consigo una ampliación relativamente baja de la punibilidad. La punición de actos preparatorios situados muy lejos de la realización típica llevaría a un ámbito sin límites y a reprimir actitudes internas reprobables. Por ello, los actos preparatorios solamente se penan en casos excepcionales y cuando se trate de delitos particularmente peligrosos, siguiendo disposiciones legales especiales.

#### I. LA RESOLUCIÓN HACIA EL HECHO

##### **1. Resolución y dolo**

La resolución hacia el hecho se corresponde en lo esencial con el dolo, pero no es necesariamente idéntico a éste. Yes que el autor, ade-

Acoren de la tentativa til el derecho |icnal

más del dolo, también debe presentar los demás elementos subjetivos del tipo. Entonces, la resolución a cometer un hurto presupone, junto al dolo de sustraer una cosa ajena, también la intención de apropiarse ilícitamente de ella; la estafa, presupone, junto al dolo de dañar el patrimonio ajeno, también la intención de un enriquecimiento ilegal, etc.

La resolución hacia el hecho abarca todas las formas de dolo. Algunos autores discuten esto para el caso de la tentativa con dolo eventual. Luego, cuando un cazador dispara a un animal salvaje y al hacerlo cuenta seriamente con la posibilidad de alcanzar a un compañero de caza que está cerca de allí, quedaría impune cuando no se produjera el resultado. Por el contrario, la doctrina dominante sanciona penalmente por tentativa de homicidio con dolo eventual. Esto último me parece correcto. Y es que, en primer lugar, ni el derecho mejicano ni el alemán permiten reconocer que la tentativa y la consumación deban tener diferentes presupuestos subjetivos. Lo que es suficiente para el hecho consumado, tiene que constituir también una suficiente resolución hacia el hecho para el estadio intermedio que lleva a la consumación, o sea para la tentativa. Y, en segundo lugar, la tentativa con dolo eventual también es merecedora de pena. Supóngase que el autor de una violación estrangula a su víctima para vencer su resistencia, poniéndola en grave peligro para su vida; o sea le es indiferente que ella muera al hacer esto. Aun cuando la víctima sobreviviera, no es apropiado rechazar una tentativa de asesinato solamente porque el estrangulador no tenía la intención de causar la muerte.

## **2. Resolución no eventualy eventual**

Una resolución hacia el hecho tiene que ser incondicional. Si la voluntad del autor para cometer el delito depende de condiciones, todavía no existe una resolución. Sin embargo, cuando el autor tiene dudas sobre si va a consumir el hecho, está sometido a una evaluación variada según los casos particulares. Se distinguen tres diferentes grupos de casos que voy a explicar basándome en ejemplos de la jurisprudencia alemana.

Comienzo con el primer grupo de casos: el autor, para amenazar y amedrentar a su víctima, le coloca a la vista una pistola cargada. El

de /j loiiil.Hiv.t c-ii i-l flrrectlu penal  
(le la Li;iiil:il;Vii en «d ilm'Lhu ;H-nal

todavía no sabe si quiere ir más allá de la amena/a y, con ello, tampoco si quiere disparar. Aquí se trata de un caso de disponibilidad hacia el hecho [Tatgencigtheit], la cual todavía no fundamenta una tentativa de homicidio. Y es que el autor pccisamcnle todavía no está decidido a matar a su víctima. De igual modo ocurre cuando alguien que primero solamente falsifica un documento para probar *su* habilidad, se reserva la posibilidad de usarlo más tarde para engañar quizás en el tráfico jurídico. Aquí falta todavía la resolución para engañar en el tráfico jurídico, que es requisito de la falsificación documental. El autor solamente está dispuesto hacia el hecho.

El segundo grupo de casos se refiere a la resolución sobre la base de hechos conscientemente inseguros. Un ejemplo de ello es el caso en el cual el autor había sido descubierto cuando revisaba una estatua metálica de una tumba; el quería evaluar si la estatua contenía un metal valioso o uno de baja calidad. Si hubiera ocurrido lo primero, quería hurtarla inmediatamente después de la revisión, mientras que si hubiera ocurrido el segundo caso, hubiera dejado la figura en el cementerio. Aquí se presenta una resolución hacia el hecho y el autor también fue penado por tentativa de hurto. Yes que estaba decidido incondicionalmente a hurtar una figura de metal valioso; «condicional» (en el sentido de inseguro) solamente era la base fáctica del plan, o sea la cuestión de si la estatua era vaüosa o no. Dado que la ejecutabilidad de un plan delictivo es, en muchos casos, dudosa, esta circunstancia no puede impedir la resolución hacia el hecho y, dado el caso, una punición por tentativa.

El tercer grupo es el de la tentativa con reserva de desistimiento, o sea el caso de que el autor, desde el principio, considera la posibilidad de desistirse todavía de la tentativa. Como ejemplo se tiene un caso en el cual una mujer quería matar, envenenándolo con gas, a su marido dormido, yya había abierto la llave del gas. Solamente estaba esperando duran te varias horas en la habitación contigua y meditaba sobre si debería rescatar todavía a su marido cerrando la llave del gas. Aquí también se presenta ya una resolución incondicional hacia el hecho y, después de abrir la llave del gas, una tentativa punible de homicidio. Y es que el desistimiento

voluntario presupone, según la regulación legal, una tentativa punible, y recién con posterioridad

394

levanta esta punibilidad. Esto no puede ser cambiado para nada por el hecho de que el autor, desde el principio, se había reservado el desistimiento.

En el caso particular puede ser difícil distinguir entre los tres grupos de casos. En el ejemplo de la estatua de la tumba, cuando el autor dice que habría querido examinar primero el valor de la estatua para después decidir si quería hurtarla o no, esto sería un caso todavía impune de disponibilidad hacia el hecho. Pero se tendrá que dudar de si los tribunales le van a creer tal versión de los hechos. En general se puede partir de que, al entrarse objetivamente en el estadio de la ejecución, se presenta una resolución hacia el hecho. Así, cuando el ladrón de casas ha penetrado en un departamento ajeno, no se le va a admitir la disculpa de que quería primero observar los objetos del hurto para luego decidir sobre la comisión de un hurto. Más bien se tendrá que partir de que el autor ya estaba decidido a hurtar objetos valiosos para él y que solamente no era segura la presencia de estos (la base fáctica del plan). Solamente son difíciles los casos en los cuales la conducta objetiva del autor se adapta de igual modo a distintos planes delictivos. Quien dirige a otro una pistola cargada, puede querer con ello tanto disparar como amenazar. Aquí solamente se podrá penar por una tentativa de homicidio cuando se pueda probar al autor una resolución a ejecutar disparos.

## II. EL INICIO DE LA EJECUCIÓN

### 1. La tentativa inacabada del autor inmediato

El caso clásico del cual partimos es aquél del autor solitario que ejecuta por sí mismo el hecho. En esto hay dos tipos de tentativa: la tentativa inacabada y la tentativa acabada. Una tentativa es inacabada cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que, según su representación, es necesario para consumar el delito. F. ej. si se le impide ejecutar el hurto cuando precisamente había alargado la mano para sustraer el objeto. Esta tentativa es inacabada porque el autor todavía tuvo que haber hecho algo más para llegar a la consumación del hurto; o sea coger el objeto y sustraerlo. Por el contrario, una tentativa es acaba-

395

ACITCÜ de la tentativa o el derecho pena

da cuando el autor ha efectuado por su parte todo lo que era necesario para consumar el delito. Así, cuando el autor del atentado ya ha colocado la bomba dentro del auto de la víctima y solamente tiene que esperar que ocurra la explosión al encender el vehículo, tal como él ha programado. Aquí debe emprenderse la delimitación entre preparación y tentativa siguiendo criterios distintos de los de la tentativa inacabada. Por ello queremos tratar ambos casos de manera separada y comenzar con el último de los mencionados.

#### a) La teoría jurisprudencial de los actos parciales

La fórmula de la teoría de los actos parciales o intermedios es la favorecida actualmente por la reciente jurisprudencia y por la ciencia en Alemania. Según ella, la tentativa comienza con el último «acto parcial» antes de la verdadera acción típica. Por ejemplo, en el hurto, la verdadera acción típica consiste en coger y sustraer la cosa ajena. El último de los «actos parciales» anteriores es el extender la mano hacia el objeto del hurto. Este acto constituye, entonces, una tentativa de hurto. Entre el extender la mano y coger la cosa (la acción típica) no hay otros actos intermedios. Por eso se habla también de una teoría de actos intermedios. Según esto, en un homicidio doloso con un revólver habría una tentativa cuando el autor dirige el revólver cargado a la víctima, pues el próximo acto, el apretar el gatillo, sería ya la acción típica misma (el matar). Entre apuntar con el revólver y la acción de matar no existen otros actos intermedios.

En este sentido, el Tribunal Federal ha decidido por primera vez en 1975 un caso en el cual se trataba de un robo. El autor tocó el timbre de la casa de la víctima y tenía una pistola cargada en la mano. Al abrir la puerta, la víctima debía mirar la pistola y ser compelida a entregar su dinero. Pero no apareció nadie porque la víctima no estaba en casa. El Tribunal ha admitido una tentativa de robo con el argumento de que el hacer del autor «iba a desembocar, sin actos intermedios, en la realización del tipo (la amenaza con la pistola a quien iba a aparecer)». Poco después el Tribunal Federal tenía que juzgar sobre hechos en los cuales un hombre quería hurtar tres automóviles y había preparado para ello tres ganchos con los cuales él podía abrir

396

i de la tentativa en e) derechopenal

en cualquier momento los vehículos y sustraerlos. Aquí el tribunal admitió una preparación impune porque el inculpado ni siquiera había ido al lugar de los hechos, de manera que entre la preparación de las llaves y el hurto todavía se hubieran tenido que ejecutar vanos actos intermedios.

La teoría de los actos parciales constituye una muy buena ayuda para delimitar entre preparación y tentativa. Pero tiene el defecto de que el concepto «acto parcial» no puede ser precisado con claridad suficiente. Supongamos que el ladrón, en el caso jurisprudencial mencionado, quería dirigir la pistola a la víctima recién cuando apareciera el propietario del departamento y, al tocar el timbre, ¡la había bajado! ¿No dejaría de haber una tentativa por el hecho de que entre el tocar el timbre y la amenaza todavía existía otro acto parcial (el apuntar con la pistola)? El Tribunal Federal quiere admitir en ese caso todavía una tentativa y dice: «Sería una consideración demasiado estrecha si, dividiendo según movimientos corporales, se viera como actos intermedios el levantar y apuntar con la pistola».

Pero incluso si no se tomara por base cada uno de los movimientos corporales, sino solamente se hicieran valer como actos parciales las ejecuciones autónomas de la acción, con esta teoría se producen dificultades. Constituiría una tentativa cuando alguien mete la mano por la ventana abierta de un auto para llevarse un bolso colocado en el asiento delantero. Pero habría todavía una preparación impune cuando el autor cogiera primero un bastón de pasco colocado adelante, a fin de pescar con él el bolso colocado en el asiento trasero. Y es que esta acción se situaría antes del último acto parcial. Pero no convencería el rechazo de una tentativa en mi segundo ejemplo pues el autor ya se encontraba ejecutando un hurto. El concepto "acto parcial» necesita por ello una precisión. Esto lo intenta la teoría concretada del acto parcial que he desarrollado yo.

#### **b) La teoría concretada de los actos parciales**

Según mi recomendación, el último acto parcial que fundamenta la tentativa debe ser precisado mediante los dos conceptos auxiliares de «relación temporal estrecha» e «influjo en la esfera de la vícti-

Acerca de la tentativa en el derecho penal

ma o del upo». Quiero aclarar esto a través de mi último ejemplo. Cuando alguien mete la mano en el interior de un auto ajeno para hurtar algo que se encuentra allí, siempre se produce una tentativa de hurto. No interesa en ello si quiere coger directamente el objeto que quiere hurtar o que quiera coger primero un palo con cuya ayuda pueda sacar el objeto. Y es que en ambos casos la acción del autor se encuentra en una estrecha relación temporal con el resultado (enseguida va a tener lugar el hurto), y el autor ya ha influido en la esfera de la víctima (el auto). Por el contrario, cuando el autor todavía está inactivo frente al auto en el cual quiere penetrar, esto todavía no es una tentativa, pues falta el influjo en la esfera de la víctima. Al revés, tampoco es suficiente el influjo en la esfera de la víctima para admitir una tentativa cuando todavía no existe una estrecha relación temporal con la realización del tipo. Pensemos en el caso de que un ladrón consigue entrar en el departamento de la víctima para conversar primero con ella y hacer que se crea segura. Algunas horas más tarde, el ladrón iba a hacer entrar a escondidas a dos cómplices, y la víctima iba a ser asaltada por los tres juntos. Aquí la tentativa comienza recién al dejar entrar a los cómplices. Hasta entonces solamente se habían producido actos preparatorios. (No obstante, el concierto para delinquir es punible de manera autónoma en Alemania). Y es que sí bien el primer asaltante ya ha comenzado a influir en la esfera de la víctima, todavía falta la estrecha relación temporal con la realización del tipo. El caso también ha sido decidido en este sentido por la jurisprudencia alemana, la cual ha considerado esto como acto preparatorio.

#### *c) Grupos de casos difíciles*

Sobre la base de la concepción esbozada quiero tratar cuatro grupos de casos especialmente importantes.

##### *aa) Los casos de aproximación*

Cuando un autor, pistola en mano y con intención de matar, va hacia la víctima, esto ya constituye una tentativa de homicidio aun cuan-

Acerca de la tentativa en el **derecho** pena)

do todavía tenga que dar un par de pasos más o tenga que apuniar. No hay actos intermedios que impidan la tentativa. Y es que está garantizada la estrecha relación temporal, y, al amenazarse a la víctima, se produce el contacto con la esfera de ella. Por los mismos motivos se tendrá que admitir la tentativa de un hurto con la modalidad de escalamiento tan pronto como el autor apoye la escalera a la casa, por cuya ventana abierta quiere entrar inmediatamente después y con intenciones de hurtar. Los necesarios «pasos intermedios» no son indispensables pues el autor ya ha influido en la esfera de la víctima y existe una estrecha relación temporal. En cambio, solamente es una preparación cuando apoya una escalera por la que quiere subir unas horas después, cuando el lugar esté completamente oscuro. Aquí falta la relación temporal.

No es una tentativa entrar a una tienda con la intención de hurtar cosas allí. Y es que el permanecer sin llamar la atención en un negocio abierto para todos todavía no fundamenta un influjo en la esfera de la víctima. En cambio, debe admitirse una tentativa cuando los asaltantes armados y enmascarados entran precipitadamente a la sala de ventanillas de un banco. Y es que en tal caso, en la forma de entrar en el banco, ya se produce un influjo en la esfera de la víctima y también hay aquí una estrecha relación temporal pues la ejecución ya ha comenzado.

En los hechos de una sentencia del Tribunal Federal, el autor quería matar a (iros a la víctima dentro de su departamento. Con la culata del arma rompió la puerta de la sala en la cual se encontraba la víctima, y penetró en la habitación. Entretanto, ésta había escapado por la ventana. Aquí, la instancia inferior había admitido que la tentativa recién comienza cuando el autor dirige el arma cargada a la víctima. Esto se correspondería plenamente con una teoría del acto parcial concebida de manera estricta. Por el contrario, el Tribunal Federal afirma una tentativa de homicidio y la fundamenta con el hecho de que el hacer del autor iba a pasar al cumplimiento del tipo sin más actos intermedios. Aquí, sin fundamentar más, se ha tomado como base un concepto amplio del acto parcial. Pero, por sus resultados, el Tribunal Federal tiene razón: el penetrar en la sala constituye una afección duradera en la esfera de la víctima; también se ha

dado una estrecha relación temporal con la planificada muerte a disparos, dado que

399

Acerca de la tentativa en el derecho pena)

el autor partió de la presencia de la víctima y quería pasar inmediatamente a los hechos.

*bh) Los casos de acechanza y esperanzas*

Una constelación que siempre aparece es aquella en la que el autor dispuesto a atacar espera en todo momento la aparición de la víctima, pero esta no se produce. En la sentencia del Tribunal Federal de 1952, varios inculcados habían querido asaltar a un mensajero-co-brador que llevaba mucho dinero consigo. Lo estaban esperando en un auto no lejos de la parada de un tranvía, del cual debía bajar el mensajero. Luego querían atropellar a la víctima y quitarle el dinero. Sin embargo, ese día no apareció el mensajero. A pesar de todo, el Tribunal Federal admitió una tentativa de robo. En la literatura esto ha sido rechazado con toda razón. Y es que aquí, entre la conducta del autor y el robo, todavía se encuentra el acto parcial de atropellar con el auto. Este acto es además esencial. Ciertamente, uno puede afirmar una estrecha relación temporal cuando se basa en la representación del autor de que el mensajero va a aparecer enseguida. Pero recién con la aparición del mensajero y el arrancar el auto, que sigue a continuación, podría comenzar un influjo en la esfera de la víctima. Según esto tampoco quedarían impunes los autores; pero ellos solamente le habrían tenido que ser penados por un concierto para cometer un robo.

El caso ya mencionado en el cual el asaltante, con una pistola cargada en la mano, toca el timbre del departamento de la víctima que no llega a aparecer (A, II, 1, a) se diferencia muy poco del caso del mensajero, pero la diferencia es esencial. Yes que el asaltante que tocaba el timbre frente a la puerta no partió -y lo único que importa es su representación- de que la víctima tendría recién que llegar, sino de que ya estaría presente y, al abrir la puerta, inmediatamente vería el cañón del revólver que le estaría apuntando. Bajo esas circunstancias no solamente se ha dado la estrecha relación temporal; en el timbrar también existe un influjo en la esfera de la víctima que inicia la ejecución.

400

Acerca de la tentativa en el derecho penal

*ce) Los casos de prueba y verificación*

Aquí se trata de hechos en los cuales el autor primero examina si vale la pena o es posible ejecutar el hecho, pero es intervenido ya durante la realización de este examen. En casos de este tipo puede ser dudosa la presencia misma de la resolución hacia el hecho, tal como ya hemos explicado tomando como ejemplo el hurto planeado de una estatua de una tumba (n. marg. 10). El resultado fue que existe una resolución hacia el hecho (sobre la base de hechos conscientemente inseguros) cuando el autor quiere de todos modos cometer el hecho en caso de resultar positivo el examen.

Pero, ¿también existe un comienzo de la tentativa ya durante el examen? La jurisprudencia alemana parte de que ello ocurriría cuando el autor, en caso de un resultado positivo de su examen, quisiera inmediatamente emprender la realización del tipo. Esto se corresponde también con mi teoría. Y es que -para aclararlo con el ejemplo de la estatua de la tumba- en tales casos existe una estrecha relación temporal entre la conducta del autor y la realización del tipo. Y se presenta claramente un influjo en la esfera de la víctima porque el autor ya se había ocupado del objeto que quería hurtar.

La jurisprudencia alemana conoce incluso otros hechos de este tipo. Así, se ha admitido una tentativa de aborto en un caso en el cual el autor estaba examinando a la gestante para ver si todavía era posible, sin peligros, realizar el aborto; eventualmente se iba a realizar el aborto inmediatamente después del examen. Igualmente se ha admitido una tentativa de hurto cuando el inculcado sacudió las ruedas de un auto para comprobar si el volante estaba asegurado. En caso de faltar tal impedimento, el autor quería apoderarse inmediatamente del vehículo.

Por otro lado, ya al modificar levemente estos hechos se tiene un simple acto preparatorio. Cuando el abortante que ha examinado a la embarazada quiere ejecutar la intervención una semana más tarde, falta una estrecha relación temporal, y el examen todavía es impune. Y cuando el hombre que quería hurtar la estatua de la tumba, no quiere llevarse la figura sino solamente observa las que hayan,

Acerca de la tentativa en el derecho penal

examinándolas como cualquier transeúnte, tampoco aquí existe una tentativa cuando descubre un objeto que vale la pena hurtar y quiere llevárselo enseguida. Ves que aquí falta todavía un influjo en la esfera de la víctima.

Acerca de la tentativa en el derecho penal

*dd) Los casos de disminución de la protección*

Un grupo de casos muy amplio es el de aquellas constelaciones en las cuales el autor elimina o afecta la protección con la que la víctima ha rodeado su esfera. Supongamos que un ladrón de casas es descubierto cuando estaba retirando los ladrillos del techo de una casa para luego subir por el hueco producido al piso superior. Aquí existe una tentativa ya al quitar los ladrillos pues se han dado tanto la estrecha relación temporal con el hurto planeado como también el influjo en la esfera de la víctima. En cambio, si modificamos el caso haciendo que el autor quite hoy los ladrillos del techo, queriendo regresar mañana para subir al piso superior, recién existe un acto preparatorio debido a la insuficiente relación temporal.

Este grupo de casos coincide con otros. Así, el romper a golpes la puerta del departamento por el asesino potencial, que he tratado bajo los casos de aproximación (A, II, c, aa) también constituye un caso de disminución de la protección. Y cuando el ladrón prueba la cerradura del departamento para ver si puede abrirla y pasar eventualmente a hurtar bienes, se presenta un caso de prueba al igual que uno de disminución de la protección. Pero el punto de vista de la disminución de la protección merece ser mencionado de manera especial porque, debido a que está vinculado al influjo en la esfera de la víctima, constituye un importante punto de vista delimitador y se presenta en formas muy variadas. Así, p. ej. el envenenamiento de un perro apostado en una granja debe ser juzgado como una tentativa de homicidio cuando el autor quería a continuación sustraer objetos de la granja. Igualmente, el Tribunal Federal ha admitido que ya existía una tentativa de robo cuando el asaltante ahuyentó primero al acompañante de la víctima para poder ejecutar a continuación el robo sin impedimentos por parte del acompañante.

#### *d) Actos preparatorios típicos*

Son acciones típicas de preparación, en primer lugar, el procurarse y poseer armas y herramientas, así como la producción de presupuestos decisivos para el hecho. Luego, el asesino que compra la pistola con la cual quiere matar a tiros y el ladrón que se procura las herramientas necesarias para un robo con fractura (llaves falsas, barras), se encuentra todavía en el estadio de preparaciones impunes. Quien incendia su casa, destruye su auto o finge un hurto con fractura para cometer una estafa de seguros mediante la comunicación de hechos falsos, se encuentra todavía en el estadio de la preparación. Recién al aproximarse al seguro comienza el influjo en la esfera de la víctima, y con ello la estafa. Este resultado le ha gustado tan poco al legislador alemán que recientemente ha conminado con pena, de manera autónoma, la preparación de una estafa de seguros como «abuso de seguros».

También son actos preparatorios la búsqueda del lugar de los hechos y el estar en el lugar sin llamar (todavía) la atención. Así, cuando el asaltante conduce frente al banco que quiere asaltar, pero no ha sacado todavía el anua ni tampoco se ha puesto la máscara, se presenta solamente una preparación. Quien es invitado a una casa y entra en ella porque quiere hurtar algo, no comete todavía una tentativa al entrar en la casa. Y todavía es una preparación el entrar a un negocio con intenciones de hurtar cosas (comp. ya en A, II, c, aa). Por cierto que, en casos particulares, puede ocurrir algo diferente al presentarse circunstancias especiales (comp. al respecto ya en A, II, c, aa). Así ocurrió en los hechos en los cuales dos ladrones habían entrado en una tienda y habían iniciado primero una conversación con el vendedor para distraerlo. Pero ya habían cerrado con llave la puerta del negocio, a escondidas, después de entrar para impedir al vendedor que pida auxilio o huya. En este cerrar con llave había un influjo en la esfera de la víctima, el cual, en relación con la cercanía temporal del robo planeado, es suficiente para admitir una tentativa.

Tampoco constituye una preparación el examinar el lugar de los hechos y procurarse oportunidades para cometer el hecho. Luego, quien espía las costumbres de vida del dueño de una casa a fin de

Aceren de I tentativa cu el (tercho penal

poder penetrar" en ella durante la ausencia segura de ése, se encuentra todavía en el estadio de la preparación. Lo mismo rige para el carterista que se mete a la fuerza en un vagón repleto del metro. Si bien con ello se procura una oportunidad para el hecho, todavía no existe una tentativa porque el penetrar en un tren público por sí mismo está permitido y todavía no representa un influjo en la esfera de la víctima potencial.

#### **2. El inicio de la ejecución en la tentativa acabada, en la autoría mediata y en las omisiones**

##### *a) El inicio de la tentativa acabada*

En la tentativa acabada el autor ya ha hecho todo lo que consideraba que era necesario de su parte para llegar a la provocación del resultado: está listo el whisky envenenado que debe beber la víctima; ha sido colocada la bomba que va a matar al político en el automóvil de éste; ha sido enviada la carta que contiene la extorsión. Aquí, la delimitación entre preparación y tentativa no puede ser llevada a cabo según las mismas reglas que en la tentativa inacabada. No es aplicable la teoría de los actos parciales porque el autor ha ejecutado completamente todos los actos que él creyó necesarios. Y tampoco los puntos de vista de estrecha relación temporal y de influjo a la esfera de la víctima, tal como se verá enseguida, dan mayormente resultados convincentes. En Alemania la delimitación es muy controvertida y la ciencia y la jurisprudencia discuten mucho al respecto. En lo que sigue explicaré mi propia concepción y las dos opiniones divergentes más importantes.

La teoría que he desarrollado distingue según si el autor ya ha soltado de su mano los hechos o no lo ha hecho aún. Cuando coloca la bomba, envía la carta extorsionadora o ha colocado a escondidas el cognac envenenado en la refrigeradora de la víctima, los hechos han abandonado el campo de influencia del autor y siguen su curso independientemente de éste. Aquí admito siempre una tentativa aun cuando todavía no exista una estrecha relación temporal con la producción del resultado y todavía no se presente un influjo en la esfera de la víctima. Y es que, en primer lugar no puede razonablemente hacer ningun-



Acerca de la tentativa en el derecho penal

na diferencia el que la víctima poco después o más tarde conduzca el automóvil explosivo, reciba la carta extorsionadora o beba el cognac envenenado. Tampoco puede importar si la esfera de la víctima ya ha sido tocada, pues ello depende de casualidades y muchas veces el autor ni siquiera puede conocer o notar nada. En segundo lugar, la admisión de una tentativa se justifica porque una tentativa acabada de este tipo es más peligrosa que una inacabada y, por ello, por lo menos tiene que ser equiparada a ésta. Y es que, mientras el autor de una tentativa inacabada todavía tiene los hechos en la mano y puede, en cualquier momento, terminar con el peligro para la víctima mediante una simple interrupción, en los casos expuestos, los sucesos siguen su curso y el autor, solamente bajo condiciones difíciles, puede influir en ellos, a veces ni siquiera puede o no hay seguridad de que pueda hacerlo.

Distinto es el caso cuando el autor, si bien ya ha hecho todo lo que ha considerado necesario, no obstante los hechos todavía continúan bajo su dominio y control. Cuando la mujer coloca el whisky envenenado en la refrigeradora para matar a su marido, pero está todo el día en casa mientras su marido recién regresará de su trabajo por la noche, sería un contrasentido admitir una tentativa de asesinato apenas el whisky haya sido colocado en la refrigeradora a las 10 de la mañana. Y es que aquí la mujer todavía no ha soltado los hechos de su mano. Ella puede eliminar el peligro en cualquier momento durante todo el día tirando la bebida. Por ello es apropiado en tal caso emplear las reglas de delimitación que rigen para la tentativa inacabada. Luego, la tentativa comienza recién cuando el marido llega a casa y se dispone a sacar el whisky de la refrigeradora. Y es que existe una estrecha relación temporal con la producción del resultado y la bebida envenenada comienza a entrar en contacto con la esfera de la víctima.

La teoría diferenciadora, tal como he esbozado, ha encontrado muchos seguidores en Alemania. Pero a ella se oponen dos opiniones extremadamente divergentes. Según una de ellas, una tentativa siempre

debe presentarse recién cuando la víctima se dirija «al círculo de acción del instrumento del hecho», o sea cuando coge el whisky envenenado, se sienta en el auto amenazado de explosionar, o saca del buzón la carta extorsionadora. Esto implica un traslado de la solución

405

Acerca de la tentativa en el derecho penal

que he desarrollado para la tentativa inacabada a todos los casos de acciones acabadas del autor. Según esta forma de ver las cosas, recién existe un influjo en la esfera de la víctima y una estrecha relación temporal cuando la víctima entra en el círculo de influjo del medio del hecho. Se oponen a esta teoría sobre todo sus resultados poco razonables desde una perspectiva político-criminal. Cuando el explosivo colocado en el auto del político que va a ser asesinado, por casualidad es descubierto por un agente de seguridad poco antes de que sea utilizado, esto tendría que recompensar al autor con una absolucón de la acusación por tentativa de asesinato. Esto no solamente es injusto, sino tampoco puede sostenerse dogmáticamente. Yes que no puede hablarse de una simple preparación cuando el autor había puesto en marcha un curso causal que llevaría autónomamente al resultado, pero que solamente ha podido ser impedido por una casualidad. ¿Y qué sentido tendría dejar impune el hecho de enviar una carta extorsionadora solamente porque fue interceptada en la oficina de correos? Si aquí se produjera la impunidad, tendría que dejarse que la carta, por razones estratégicas de persecución penal, llegue al destinatario. Pero tales posibilidades de manipular el límite de la tentativa desautorizan la concepción teórica.

Otra concepción defiende un punto de vista totalmente opuesto: siempre existiría una tentativa al concluirse la acción del autor, y ello incluso cuando el autor todavía haya seguido teniendo los hechos bajo control de su ámbito de dominio. P. ej. cuando la mujer del whisky envenenado todavía ha tenido durante horas bajo su único control el departamento hasta el regreso de su marido, ya habría una tentativa de asesinato tan pronto como haya colocado el whisky envenenado en la refrigeradora. Pero esto no es ninguna solución apropiada porque lleva a contradicciones valorativas incomprensibles frente a la delimitación de la tentativa cuando se trate de la tentativa inacabada. Yes que, si se corresponde con las costumbres del hogar que la mujer le sirva el whisky al marido, recién comenzaría una tentativa (inacabada) al servir la bebida. ¿Por qué debería

fijarse el inicio de la tentativa de manera distinta cuando el hombre, en presencia de su mujer (la que podría  
406

Acerca de la tentativa en el derecho penal

impedir los hechos en cualquier momento), coge por sí mismo la bebida de la refrigeradora?

*b) El comienzo de la tentativa en la autoría mediata*

Se presenta la autoría mediata cuando alguien, para cometer el delito, se sirve de otra persona cuya conducta puede dirigir, o sea que tiene «en la mano», de manera que el «dominio del hecho» radica en el hombre de atrás. Entonces, el «intermediario del hecho» que ejecuta la verdadera acción típica es el «instrumento» de aquél que lo dirige desde un segundo plano. Los dos casos principales son los del instrumento bajo error y del instrumento coaccionado. Se presenta un caso del primer tipo cuando p. ej. un médico que quiera matar a un paciente, da una inyección venenosa a la enfermera (que desconoce esto) para que se la aplique a la víctima. El segundo caso se presenta cuando los hombres de atrás (p. ej. una organización criminal) obligan a alguien, mediante amenazas de muerte, a cometer un delito. De manera similar ocurre con los instrumentos inimputables. Así cuando alguien se vale de enfermos mentales o niños instruidos por él para cometer delitos, aquél es autor mediato de los delitos mientras que el ejecutante queda impune.

¿Cuándo comienza la tentativa en la autoría mediata? Para aclararlo usando mi primer ejemplo de la inyección venenosa; ¿comienza la tentativa cuando el médico mezcla la inyección venenosa, cuando está listo con su producción, cuando envía a la enfermera con la inyección o cuando la enfermera lleva la aguja al cuerpo del paciente? Todas estas opiniones son defendidas en la literatura científica. La concepción que yo defiendo, y que predomina hoy en día en Alemania, emplea los principios que he desarrollado para la tentativa acabada.

Esto significa en particular lo siguiente:

En tanto el médico -par", aclarar las cosas usando solamente este ejemplo- esté ocupado con mezclar la inyección venenosa, todavía se presenta una tentativa inacabada y rigen sus principios. Según ello, el mezclar el veneno todavía es un acto preparatorio porque solamente crea un presupuesto para el hecho, pero aún está muy lejos de la ver-

407

dadera realización típica. Si por el contrario la inyección venenosa ya está preparada y se la deja libre, dado que el autor ya ha hecho todo lo necesario de su parte, se presenta una tentativa acabada y deben aplicarse sus reglas. Luego, debe distinguirse de la siguiente manera: cuando el médico envía a la enfermera con la inyección venenosa comienza en ese momento una tentativa acabada punible de asesinato. Yes que él ya ha dado rienda suelta a los acontecimientos y el destino sigue en adelante su propio curso que ya no depende de aquél. Pero si el médico primero ha colocado la inyección en su oficina para que horas más tarde la recoja la enfermera, debe admitirse hasta entonces una preparación. Yes que él tiene todavía bajo control los acontecimientos y puede hacer desaparecer la inyección en cualquier momento.

Dos ejemplos de la jurisprudencia alemana deben aclarar mejor esta solución. En el primer caso el inculpado quería matar a su rival empleando una bebida envenenada. Para ello pidió a un intermediario que actuó de buena fe, que lleve la bebida a la víctima. El intermediario partió con la botella, pero en el camino fue víctima de la curiosidad, abrió la botella, comenzó a sospechar algo debido al olor de la bebida y se apartó del hecho. El Tribunal Federal ha admitido una tentativa de asesinato del inculpado y fijó su inicio tan pronto como «él haya determinado al intermediario a la ejecución del hecho y lo haya despedido de su ámbito de influencia creyendo que en adelante este último iba a emprender la acción típica». Esto se corresponde con la concepción que yo defiendo. En cambio, todavía hay un acto preparatorio en tanto la botella de veneno todavía se encuentre en manos del inculpado.

En otro caso se había abierto un proceso de conciliación sobre el patrimonio del inculpado insolvente y se había nombrado a un administrador conciliador estatal. A continuación, el inculpado falsificó documentos que debía presentar el administrador, que actuaba de buena fe, a los acreedores. De esta manera se iba a estafar a estos últimos. Según la concepción aquí defendida, existe una tentativa de estafa tan pronto como se hayan entregado los documentos falsificados al administrador conciliador. Yes que con ello, el curso causal ya ha salido del ámbito de

dominio del autor. En tanto éste, por el contrario, todavía tenga en su posesión los documentos falsificados y no  
408

Acerca de la tentativa en el derecho penal

los haya entregado al administrador conciliador, recién existirá un acto preparatorio.

Por el contrario, el Tribunal Federal, en el caso expuesto, también quería emplear las reglas vigentes para la tentativa inacabada y basarse en cuanto cercana se encontraba ya la realización del tipo: «si por ejemplo el inculcado hubiera colocado la lista falsa en los documentos del administrador conciliador que éste había preparado para la exposición que iba a realizar inmediatamente después, ya se presenta el comienzo de una acción de engaño a través del inculcado; en cambio, todavía es un acto preparatorio cuando el autor solamente había hecho accesibles al administrador conciliador los documentos falsos sin poder prever si iban a ser utilizados en un tiempo previsible». Pero contra tal solución, que se basa plenamente en el caso particular, habla de manera decisiva la circunstancia de que en muchos casos no puede proveer ninguna delimitación. Cuando p. ej. el autor es descubierto ya al entregar los documentos falsificados al administrador conciliador, a menudo no puede saber nadie (quizás ni siquiera el propio administrador conciliador) cuándo iba a ser empleado ese material. Entonces, quedaría sin aclarar nunca si existía una tentativa o no. Esta solución no es aceptable.

Junto a la teoría diferenciadora que yo defiendo y a la solución del caso particular, para el caso de la autoría mediata, también encontramos en la literatura las dos concepciones extremas que son defendidas ya en caso de la común tentativa acabada. Según una de las concepciones, la tentativa comienza siempre cuando el intermediario (el instrumento) pone en peligro el objeto de la acción; luego, el resultado tiene que estar situado de manera inmediatamente cercana y el intermediario tiene que haber influido en la esfera de la víctima. En el caso mencionado de la botella con veneno, significaría esto que el autor todavía se encuentra en el estadio de la preparación impune cuando el intermediario, que está en camino hacia la víctima, descubre el atentado asesino y frustra el hecho. Al igual que en caso correspondiente de la tentativa acabada (n. marg. 38) esto es un resultado inaceptable. Y es que no se puede hacer más para realizar un

resultado que ejecutar todas las acciones necesarias y soltar de la mano los demás sucesos. Si alguien considera esto impune, no se entiende por qué  
409

Acere.) ciela tctilaUva\_en\_el ilcrecliu penal

debería ser una tentativa el sacar el revólver con intenciones de matar, pese a que aquí el autor tiene en sus manos los acontecimientos y puede evitarlos en cualquier momento.

Según la otra concepción, la tentativa comenzaría ya al influir en el intermediario. Pero con ello se sitúa a la tentativa en un momento demasiado prematuro. Yes que cuando el autor mediato todavía tiene en sus manos los sucesos -p. ej. intenta ganar para su plan al intermediario pero todavía no le ha mencionado a la víctima o no le ha entregado el veneno- los sucesos todavía están tan lejos de la realización del tipo que no se respeta la necesaria relación con el tipo. El influjo en la esfera de la víctima, que todavía falta y que diferencia el inicio de la tentativa en la autoría mediata de la tentativa común, solamente puede ser compensado por la propia dinámica de un acontecimiento que continúa su curso por sí sólo. Donde falte este presupuesto solamente puede entrar en consideración una preparación.

### *c) El comienzo de la tentativa en las omisiones*

También en hechos omisivos la cuestión del inicio de la tentativa juega un papel importante. El Código penal mejicano para el Distrito Federal menciona incluso expresamente el caso de que alguien hubiera omitido acciones idóneas para evitar un resultado. Dado que con ello difícilmente pudo haberse querido aludir a omisiones en la etapa de los actos preparatorios, también aquí se plantea la cuestión de la delimitación. Según la concepción que yo defiendo y que hoy en día es dominante en la literatura alemana, la solución está trazada por los resultados elaborados para la tentativa acabada (A, II, 2, a) y para la tentativa del autor mediato (A, II, 2, b). Y es que el omitente que tiene un deber de evitar un resultado se ve frente a un curso causal que se mueve hacia el resultado sin su hacer. Luego, el omitente se encuentra en la misma situación que el autor de una tentativa acabada quien ha hecho lo que le corresponde, o que el autor mediato, quien ha enviado al intermediario en camino hacia la víctima. Según esto, si el omitente ha soltado el curso de los acontecimientos de su ámbito de dominio, ya en ese momento se ha pasado la

410

#### Acerca de /¿ tentativa en el derecho penal

frontera de la tentativa. Esto no necesita una fundamentación especial porque la identidad estructural con los casos de la tentativa acabada y de la tentativa en la autoría mediata, en los cuales se ha explicado detalladamente esta solución, hacen que este resultado resulte obligatorio. Cuando por el contrario el curso causal se encuentra todavía en el ámbito de dominio del omitente, debe admitirse sólo una preparación en tanto «todavía no haya pasado nada» y pueda recuperar en cualquier momento la acción de rescate. La tentativa comienza entonces recién con la inmediata puesta en peligro de la víctima, o sea cuando se haya acercado la producción del resultado. En este momento ocurre una clara elevación del riesgo para el objeto del hecho, y esta cesura separa a la preparación de la tentativa.

Esto lleva a los siguientes resultados prácticos. Cuando se da a luz a un bebé en un lugar solitario al aire libre y los padres, que son los únicos presentes, no le dan asistencia con el objetivo de que muera, esto constituye una preparación para el homicidio en tanto los padres se quedan junto al niño y éste no corra todavía peligro. La tentativa recién comienza cuando el recién nacido entra en peligro para su vida al seguir esperando más tiempo. Si por el contrario los padres se van a casa y abandonan al niño a su suerte, ya en ello existe una tentativa punible, pues a partir de entonces los sucesos siguen un curso que ya no es controlado por los padres. El regreso que se pueda producir para rescatarlo o la comunicación telefónica a otros para que auxilien al niño solamente sería un desistimiento -eventualmente voluntario- de la tentativa.

Algo correspondiente rige cuando los padres dolosamente omiten salvar a su niño enfermo gravemente mediante una transfusión sanguínea que sería la única ayuda posible. Si la transfusión sanguínea pudiera postergarse todavía durante varios días, sin que esto traiga consigo un peligro adicional para la vida del niño, en la inactividad de los padres todavía no habría una tentativa de homicidio, incluso si ellos tienen el dolo de no permitir tampoco en el futuro una transfusión. Recién cuando una inactividad posterior ponga en peligro la vida del niño se habrá alcanzado el umbral de la tentativa. Si por el contrario los padres se van de viaje con la intención

de dejar morir al niño que ha quedado solo en la casa, en ello existe ya una tentativa de homicidio

411

ativa cu d dertoho penal

aun cuando todavía hubiera algo de tiempo disponible para la transfusión.

Quien deja solo a su lactante en una cabana de montaña para que se muera de hambre, comete con ello una tentativa de homicidio. Si esta persona vive también en la cabana y solamente omite alimentar al lactante, entonces la omisión de la primera comida todavía es impune pues la alimentación puede ser retomada en cualquier momento sin daños para el niño. Si el lactante empieza a sentirse mal corporalmente como consecuencia de la falta de comida, en ese caso se presenta una lesión corporal (maltratos) por omisión. Si el niño entra en un peligro para su vida que solamente puede ser evitado a través de un reinicio de la alimentación o llevándolo a un hospital, entonces la omisión de la acción mandada se manifiesta como tentativa de homicidio.

La constelación más importante en la práctica es la del accidente de tráfico causado culpablemente. Si el causante del accidente, quien según la práctica alemana tiene el deber de evitar el resultado, no prestara ningún auxilio a la víctima gravemente lesionada y, al darse a la fuga, se conformara con que el lesionado pueda morir al no recibir una oportuna asistencia médica, entonces ya al retirarse del lugar de los hechos existe una tentativa de homicidio mediante omisión. Si por el contrario el causante del accidente permanece al lado del accidentado y solamente no hace nada para mejorar la situación de éste, la omisión de auxilio recién se vuelve una lesión corporal cuando aumentan los padecimientos de la víctima, y una tentativa de homicidio en caso de producirse el peligro para la vida.

Finalmente, el principio será demostrado todavía con el ejemplo didáctico del guardavías que deja que una persona ebria permanezca echada sobre las rieles con la intención de que sea atropellada. Si el guardavías supiera que el próximo tren recién pasará dentro de dos horas y, además, se ha anunciado su llegada mediante una llamada telefónica, su inactividad, independientemente de su dolo, es todavía impune. Recién cuando la continuación de la espera ponga en peligro la vida del ebrio comienza la

tentativa. En cambio, si el guardavías abandona su puesto de vigía y se va a dormir a su casa, entonces ya con  
412

#### Acerca de la tentativa en el derecho penal

eso existe una tentativa aun cuando todavía tengan que pasar dos horas para que se aproxime el tren.

En todos los casos de tentativa por omisión se hablará de una tentativa acabada, o sea se tendrá que rechazar una tentativa inacabada. Yes que ésta presupone la necesidad de que el autor continúe actuando, lo que precisamente falta aquí. Y también el paralelo con el caso normal de la tentativa acabada hace inevitable el resultado: si existe una tentativa acabada cuando el autor haya colocado él mismo a la víctima sobre las rieles y luego se aleje o, al acercarse el tren, no lo aparte de la zona de peligro, entonces no puede ser diferente en el caso del autor de una omisión. Y es que no puede tener importancia ni para la punibilidad de la tentativa ni para diferenciar entre tentativa inacabada y acabada la forma cómo la víctima haya llegado a su situación.

Junto a la concepción expuesta, en Alemania han influido sobre todo dos teorías divergentes. Según la «teoría de la primera intervención posible», siempre se presenta una tentativa cuando el garante omite, con dolo de realizar el resultado, la primera medida posible e idónea para evitarlo. Entonces, ya la retirada de la primera comida o la falla de una actividad inmediata del guardavías, que todavía tiene varias horas hasta que llegue el tren, constituirían una tentativa. Pero esta concepción coloca el inicio de la tentativa en una fase muy temprana. Y es que cuando el omitente todavía puede evitar el resultado durante un tiempo prolongado, no existe ninguna razón para penarlo ya al omitir la primera oportunidad, pues todavía tenía tiempo. Y también en tales casos apenas podría probarse un dolo de realizar el resultado porque no resalta hacia fuera de forma tangible. El polo totalmente opuesto es representado por la «teoría de la última intervención posible». Según ella, la tentativa de la omisión comienza recién cuando se haya dejado pasar el último momento posible para intervenir. No obstante, esta doctrina no es comprensible ni dogmática ni por política criminal. Su defecto dogmático radica en que no permite un desistimiento de la tentativa. Y es que si recién el dejar pasar la última

posibilidad de intervenir fundamentara la tentativa, ya no sería posible ninguna conducta del autor posteriormente, y  
413

#### de la tentativa en el derecho penal

con ello tampoco un desistimiento. Pero esto va en contra de la ley, la cual prevé un desistimiento en todos los grupos de casos de la tentativa. La teoría de la última intervención posible llega a ser, erróneo resultado adjudicando a la preparación todo el período de tiempo entre la tentativa y la última posibilidad de desistimiento.

Tampoco por política criminal resulta apropiado hacer que la tentativa comience recién después del último segundo que quede para actuar. Yes que si al omiten te le estuviera permitido dudar impunemente tanto tiempo antes de intervenir, el legislador estaría jugando *va banque* [a la ruleta] con el objeto del hecho que se debe tutelar porque un actuar tan tardío llegaría, en muchos casos, demasiado tarde. Tampoco se comprende por qué no sería suficiente una puesta en peligro cercana al tipo si ella es suficiente, en los delitos de comisión, para el inicio de la tentativa.

### 3. El comienzo de la ejecución en la tentativa del coautor

La coautoría se presenta cuando varios cometen conjuntamente el hecho, o sea cuando varios cooperan en el cumplimiento del tipo repartíendose el trabajo. La jurisprudencia alemana y también la opinión dominante en la ciencia defienden, para el inicio de la tentativa, una llamada solución global, la cual ha sido formulada por el Tribunal Federal de la siguiente manera: «Cuando, según el plan del hecho, un delito debía ejecutarse por varios autores, entonces todos intervienen como coautores en el estadio de la tentativa en tanto uno de ellos comience inmediatamente la comisión del hecho». Cuando p. ej. A y B acuerdan cometer juntos un robo con fractura de manera que A debía penetrar en la bóveda del banco y abrir con un soplete las cajas fuertes mientras que B, quien recién después iba a ser informado telefónicamente, se encargaría de sacar las barras de oro con ayuda de un aparato especial y de cargarlas en un camión; B resulta ser ya un coautor punible en la tentativa, tan pronto como A penetre en el banco. Luego, B es punible por tentativa aunque todavía no haya hecho nada que vaya más allá del concierto para delinquir.

Esta solución global se fundamenta sobre todo con la tesis de que en la coautoría se tiene que imputar a cada participante la contribución de los demás prevista en el plan común. Adicionalmente se esgrime a favor de la solución global el «argumento del azar»: no se comprendería que en un actuar conjunto con división del trabajo aquél que ha colocado su contribución en un período de tiempo posterior {y por ello a menudo sea tanto más importante) deba salir mejor librado que sus cómplices solamente por el hecho del descubrimiento anticipado del plan. Por el contrario, una opinión minoritaria, pero que está ganando seguidores de forma creciente, defiende la solución del caso particular. Según ella, debe evaluarse por separado para cada coautor el inicio de la tentativa y tomar en cuenta el momento en el cual él mismo entra en el estadio de la tentativa. Entonces, en el ejemplo inicial, B recién resulta punible por una tentativa de robo con fractura en coautoría cuando él personalmente entra en el banco y comienza a transportar las barras de oro. Si A es tomado preso antes, y B no llegara a actuar, B no quedaría impune, pero solamente será punible por complicidad síquica. Si se tratara de un delito grave -como p. ej. el robo a un banco- según el derecho alemán también sería punible el concierto para delinquir. Para mí los mejores argumentos los tiene la solución del caso particular. Yes que cuando, para el hecho consumado, uno apoya la coautoría en el dominio conjunto de los hechos ejecutivos, consecuentemente tiene que exigir para la tentativa un codominio en el estadio de la tentativa. Pero eso es lo que falta cuando un coautor ni siquiera ha llegado a actuar. Supongamos que cinco coautores conciertan un asalto conjunto a un banco y que el quinto no aparece en el lugar de los hechos porque ha sido detenido cuando estaba en camino hacia allá ...¡debido a otro delito! Los otros cuatro autores ejecutan sin él exitosamente el robo al banco. En este caso, el quinto autor que no ha llegado a actuar no es penado por la jurisprudencia alemana como coautor de un robo consumado al banco sino solamente por concierto para cometerlo. Pero entonces es un contrasentido admitir una coautoría de tentativa solamente por el hecho de que los que sí aparecen en el lugar de los hechos hayan entrado en el estadio de la tenta-

Acerca de la tentativa en el derecho penal

414

tiva. Si un concierto no es suficiente para la coautoría de delito consumado, tampoco puede fundamentar una coautoría de tentativa. El

Acerca de la tentativa en el derecho penal

argumento de la jurisprudencia de que a cada coautor se le imputa la contribución de los demás no es concluyente porque presupone lo que debe todavía probarse; o sea que aquél que no ha cooperado, sería un coautor. Pero precisamente este presupuesto no es correcto. También es poco convincente el «argumento del azar». Yes que, también en el autor individual depende a menudo de la casualidad el que un hecho fracase en el estadio de la preparación o de la tentativa, sin que esto decida, sin embargo, sobre la punibilidad o la impunidad.

B. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

La regulación del desistimiento de la tentativa es, como ya se ha expuesto al principio, similar en el derecho alemán y en el mejicano. La tentativa es impune cuando el autor desiste voluntariamente. Pero la forma del desistimiento es muy diferente en la tentativa inacabada y en la acabada. En la tentativa inacabada es suficiente renunciar voluntariamente, o sea un simple terminar. Cuando el asesino, que ya ha apuntado a la víctima con la pistola, repentinamente lo piensa mejor y baja el brazo dejando correr a la víctima, entonces él es impune. Es muy distinto con la tentativa acabada. Cuando el autor ya ha hecho todo lo que creía necesario para causar el resultado, o sea cuando p. ej. ha puesto la bebida envenenada frente a la víctima, solamente puede alcanzar la liberación de pena cuando impida que se produzca el resultado interviniendo activamente. Entonces, antes de que la víctima haya tomado la bebida, tiene que tirarla o prevenir oportunamente a la víctima. Con ello, la idea básica de la regulación legal es sencilla. Pero en los detalles surgen muchos problemas difíciles que ramos a tratar brevemente uno tras otro.

I. LA TENTATIVA FRACASADA (FEHLGESCHLAGEN)

En primer lugar tiene que saberse que existen casos en los cuales ni siquiera es posible un desistimiento, o sea no se plantea desde el principio la cuestión de la presencia o ausencia de la *voluntariedad*. El caso más importante de este tipo es el de la tentativa fracasada. Una tentativa fracasada se presenta cuando el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del

415

Acerca de la tentativa en el derecho penal

hecho concreto. Si el autor p. ej. ha disparado su única bala y no tiene a la mano más medios para cometer el homicidio, entonces ha fracasado. Su tentativa es una tentativa fracasada y ya no tiene acceso a un desistimiento. La imposibilidad de la ejecución puede deberse a la inidoneidad del medio empleado, a la incapacidad del autor o a la falta del objeto de la acción. Existe un fracaso del medio cuando p. cj. el arma no dispara (sea porque no está cargada, ha sido descargada o escondida o está trabada), la bomba no explota, el supuesto veneno no es efectivo, la llave no abre o se rompe en la cerradura. Una incapacidad del autor se presenta cuando el asesino queda incapacitado para actuar debido a un infarto cardíaco, cuando el violador pierde la potencia o el autor es sometido por la víctima o ésta golpea a aquél y lo hace huir. Falta el objeto de la acción cuando la víctima no está presente o se escapa, cuando la persona atacada por atrás para ser violada resulta ser un hombre, o cuando el objeto de un hurto no se encuentra en el lugar esperado. Según una concepción discutida pero correcta, la imposibilidad real de realizar el tipo debe equipararse a la imposibilidad jurídica de ello. Así, cuando una persona mayor y responsable consiente que se practique con ella una conducta sexual, ya no puede realizarse el tipo de coacción sexual.

En segundo lugar, se presenta una tentativa fracasada cuando la identidad del objeto de la acción no se corresponde con el plan del hecho. Si A quiere disparar a B para matarlo y se acerca a la víctima por detrás, pero en último momento comprueba que se trata de otra persona y, decepcionado, guarda la pistola, la tentativa ha fracasado. Si bien el autor todavía podía completar el tipo disparando a la «falsa» víctima, lo decisivo es que el plan -disparar a B para matarlo- se haya vuelto inejecutable. Lo correspondiente rige también para objetos con carácter de cosa. Luego, también debe admitirse un fracaso cuando alguien que abre el bolso de otra persona para hurtar un documento secreto, al mirar la cubierta comprueba que se trata de otros papeles sin importancia y los deja donde estaban. En esto no hay

ni una renuncia ni un desistimiento. La ventaja práctica de la construcción de la tentativa fracasada radica en que hace superfina la difícil cuestión de la voluntariedad. Así, si en los casos recientemente expuestos se admitiera un desistimiento, tal como hacía antes la jurisprudencia alemana, sería difícil de responder a la cuestión de la voluntariedad. Esto podría comprobarse fácilmente analizando las sentencias contradictorias que se han dado.

Acerca de la tentativa en el derecho penal

Finalmente, en tercer lugar, también debe admitirse una tentativa fracasada cuando el objeto del hecho se haya quedado considerablemente por debajo de las expectativas del autor. Supongamos que el autor necesita un monto de por lo menos 5,000 marcos alemanes para un fin determinado. Por eso asalta un supermercado y hace que lo lleven a la caja. Pero al ver que allí solamente hay 50 marcos, decepcionado, deja el dinero y se aleja. ¿Es esto un desistimiento voluntario o involuntario de la tentativa de robo? La cuestión sería difícil de decidir admitiendo un desistimiento. Pero, según una concepción correcta, aquí no existe ningún desistimiento sino solamente una tentativa fracasada: el plan de robar por lo menos 5,000 marcos alemanes no puede ejecutarse por completo de manera que el autor, al no ser posible un desistimiento, es punible por una tentativa de robo.

Distinto es el caso cuando el autor no tiene ninguna representación concreta sobre la suma que va a robar, sino quiere llevarse lo que encuentre. Cuando en tal caso deja en su lugar la suma encontrada porque le parece que es muy poco, eso sí es un desistimiento (voluntario). Tampoco puede admitirse una tentativa fracasada cuando una acción ejecutiva repetible no da resultados en el primer intento. P. ej. A dispara a B con intención de matarlo y tiene seis balas en el revólver. El primer disparo no alcanza a B. Entonces, A renuncia a disparar las demás balas pese a que la tentativa de homicidio hubiera podido repetirse con grandes perspectivas de éxito. Según la opinión mayoritaria en la literatura alemana, a la cual se ha sumado también la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal, en tales casos se presenta una tentativa inacabada de la cual puede desistirse voluntariamente el autor con un simple dejar de hacer, o sea omitiendo otros disparos.

En cambio, según otra concepción, la llamada teoría del acto individual, cada una de las acciones que puedan causar el resultado, en caso de su falta de éxito, deben ser vistas de manera autónoma y

418

Acerca (le la tentativa en ti derteliu pensil

como tentativa fracasada que no permite un desistimiento. Luego, A quedaría punible por tentativa de homicidio aun cuando omita voluntariamente seguir disparando después de haber hecho el primer disparo. Merece aprobación la doctrina dominante. Y es que en tanto el autor haya tenido todavía la posibilidad de alcanzar su objetivo en inmediata conexión temporal y espacial con los sucesos ya ocurridos, merece la liberación de pena cuando haya renunciado voluntariamente a ello. Él ha hecho entonces aquello que quiere recompensar el privilegio del desistimiento: sin ninguna coacción externa ha dado marcha atrás cuando estaba en camino hacia el delito. La teoría del acto individual también resulta contraproducente por política criminal pues precisamente exhorta al autor a matar a la víctima mediante más disparos luego que haya fracasado el primero. Y es que, dado que el primer disparo errado es punible como tentativa de homicidio, para el autor es más ventajoso terminar de matar a disparos a la víctima para eliminar así al único testigo. Por el contrario, desde el punto de vista de la doctrina dominante, la perspectiva de alcanzar la total liberación de pena renunciando a un segundo disparo constituye un fuerte estímulo para abandonar los ulteriores esfuerzos que lleven al homicidio.

## II. LA TENTATIVA QUE ALCANZA SU OBJETIVO

Un segundo caso (por cierto, muy polémico) es aquél en el cual no es posible el desistimiento desde el principio: la tentativa que alcanza su objetivo. Dicha tentativa se presenta cuando el autor ya a través de su tentativa *lia*. alcanzado definitivamente el objetivo extratípico de su acción. Quiero aclarar esto con los hechos que sirvieron de base para una sentencia fundamental del Tribunal Federal. El autor había empujado un cuchillo en el cuerpo de la víctima con dolo eventual de homicidio, a fin de darle una «lección» y dejar en claro sin duda alguna que «no toleraría ninguna íesistencia». Entonces, no había tenido la intención de matar sino de lesionar, pero, después de todo, había contado con la posibilidad de un resultado de muerte y se había conformado con ello. El autor había

prescindido de otras cuchilladas porque había alcanzado su objetivo ya con la primera de ellas: demostrar

419

Acerca de la tentativa en el derecho penal

su propia superioridad. ¿Se presenta aquí un desistimiento voluntario de una tentativa de homicidio por el hecho de que el autor había renunciado a otras cuchilladas contra la víctima, que sí hubieran sido mortales? El Tribunal Federal ha admitido en este caso un desistimiento voluntario, o sea ha penado al autor solamente por lesiones consumadas. Para ello ha aplicado las reglas que rigen para las acciones ejecutivas repetibles (B, I). Esto también ha encontrado rechazo de mi parte y de parte de la opinión mayoritaria en la literatura alemana. Y es que la admisión de un desistimiento voluntario, con la consecuencia de liberación de pena, presupone, como ya se ha dicho, razonablemente que el autor encaminado hacia el delito haya retornado sin ninguna necesidad impuesta del exterior. Tiene que haber reflexionado de manera distinta a lo que tenía pensado en su plan original. Es absurdo desde la perspectiva político-criminal que se recompense con liberación de pena al autor, en caso de realizar por completo sus planes, solamente por el hecho de que no se sienta motivado a continuar actividades criminales que nunca había planeado. Luego, esto significa lo siguiente: en caso de acciones ejecutivas repetibles, debe hacerse una excepción de la regla general de que el renunciar a ellas significa, al alcanzar el objetivo de la tentativa, un desistimiento voluntario. Esta tentativa no puede ser desistida porque, al alcanzar plenamente el objetivo, ya no existe un dolo delictivo al cual se podría renunciar.

Constituye un caso especialmente frecuente en estas constelaciones cuando un delincuente perseguido dispara a sus perseguidores con dolo eventual de matar a fin de inhibirlos de continuar con la persecución. El delincuente yerra el blanco pero consigue su objetivo porque los perseguidores, atemorizados, se retiran. ¿Existe en tal caso un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio en el hecho de que el delincuente haya renunciado a efectuar más disparos al ver que se había renunciado a



perseguirlos? El Tribunal Federal alemán tendría que admitir, siguiendo la jurisprudencia referida, un desistimiento liberador de pena, mientras que según la concepción que yo defiende sería imposible desde el principio un desistimiento por haberse alcanzado el objetivo, de manera que el autor debería ser penado por una tentativa de asesinato.

420

Acerca de la tentativa en el derecho penal

### III. EL DESISTIMIENTO COMO TAREA EN LA TENTATIVA INACABADA

En la tentativa inacabada es -suficiente la renuncia para el desistimiento, o sea no continuar con más acciones dirigidas a causar el resultado. En esto el concepto de renuncia debe entenderse en el sentido de que excluye la tentativa fracasada y la que ha alcanzado su objetivo. Luego, existe un desistimiento de la tentativa inacabada p. ej. si el ladrón de casas que quiere trepar hacia un departamento ajeno, cuando se encuentra a mitad de camino decide regresar; si el asesino retira la mano con la cual quería echar veneno a la taza de café de la víctima, si el violador se aparta de la víctima que ya había arrojado al suelo, etc.

Se discute en qué medida la renuncia del autor tendría que ser definitiva para valer como desistimiento. El punto de partida es el entendimiento de que el desistimiento no solamente consiste en la paralización de otras actividades dirigidas a producir el delito, sino sobre todo en la renuncia de la resolución criminal. Con ello, el autor que en el momento en que está ejecutando el delito se detiene un rato, hace una pausa, todavía no ha renunciado.

Por otro lado tiene que ser suficiente que el hecho concreto haya sido definitivamente abandonado. Entonces, la reserva de cometer el delito más tarde no cambia nada en cuanto al desistimiento. Cuando el autor, antes de consumir un hurto, da media vuelta y decide cometer el hurto en una oportunidad posterior (mañana, la próxima semana, dentro de un mes), esto es un desistimiento. En la jurisprudencia y la literatura se discute esto parcialmente. Pero ello tiene que ser así. Y es que el desistimiento siempre puede referirse únicamente a un hecho concreto. Lo que vaya a suceder quizás más tarde es otro hecho y no tiene nada que ver con el desistimiento dado en el momento actual. Cualquier otra concepción fracasa ante las insuperables dificultades de prueba. Y es que lo que el autor quiera hacer en una oportunidad posterior, por regla general, solamente puede saberlo él.

Constituye un problema de especial importancia práctica la delimitación entre tentativa inacabada y acabada. Y es que en la tentativa acabada los presupuestos para el desistimiento son mucho más estrictos al exigirse que se impida el resultado. ¿Qué ocurre cuando el autor no sabe si ya ha hecho todo lo necesario para producir el resultado?

421

Acerca de la tentativa en el derecho penal

Este es un caso muy frecuente en los delitos violentos. P. ej. el autor dispara con intención homicida a la víctima, o la lesiona con una cuchillada en la parte superior del cuerpo. Ya continuación la víctima cae sangrando. En esta situación, a menudo, el autor no tiene en claro si las heridas inferidas causarán la muerte en caso de que no sean tratadas por un médico (lo cual fundamentaría una tentativa acabada) o si éste no es el caso y sería necesario un disparo o una cuchillada adicional para producir la muerte (lo que significaría una tentativa inacabada). ¿Habría entonces un desistimiento cuando el autor deja de lado ulteriores ataques y la víctima queda con vida, o el desistimiento presupone que se hagan esfuerzos de impedimento, o sea que se lleve a la víctima a un hospital? En tales casos, la jurisprudencia alemana admite una tentativa acabada, o sea solamente afirma un desistimiento cuando el autor hubiera contribuido a impedir el resultado. Esto merece aprobación. Ciertamente, hay un cierto mérito en el hecho de que el autor ha renunciado a más acciones homicidas cuando estas posiblemente hubieran sido necesarias. Pero para otorgar la liberación de pena no basta esto. Yes que cuando el autor solamente cuenta con la posibilidad de que únicamente esfuerzos activos de rescate puedan salvar la vida de la víctima, debe esperarse de él estas prestaciones. Tiene que haber tomado precauciones contra la peor eventualidad posible. Por ello solamente puede conceder-..., un desistimiento -eventualmente voluntario- al autor cuando ayude a la víctima (por regla general, llamando a un médico) y ésta quede con vida.

El Tribunal Federal alemán también se ha ocupado del caso de que el autor que ha lesionado a la víctima con intención homicida, se detiene a continuación sin pensar de algún modo en las consecuencias de la conducta que ha realizado hasta ese momento. También en este caso el tribunal quiere admitir una tentativa acabada, o sea, autorizar al autor un desistimiento o eventualmente una liberación de pena solamente si hubiera

actuado para impedir la consumación del hecho. Pero a mí me parece más correcto hacer depender la decisión de cómo el autor hubiera tenido que actuar si se hubiera preguntado por las consecuencias de su acción. Si hubiera existido la obligación de prestar asistencia activa porque la lesión era posiblemente reconocible

422

Acerca de la tentativa en el derecho penal

como mortal, tiene que admitirse una tentativa acabada. Pero si la lesión es tal forma que el autor, al reflexionar sobre las consecuencias de su acción, tuvo que haber llegado a la conclusión de que la víctima sobrevivirá, tendría que admitirse una tentativa inacabada, de manera que en ese caso una interrupción voluntaria llevaría a un desistimiento liberador de pena. Y es que tal autor no debería ser peor tratado que aquél que confía alocadamente en que el resultado no se va a producir y también puede desistir, se mediante una simple interrupción. Cuando no ha reflexionado sobre las posibles consecuencias mortales de su acción solamente debido a que la situación no ha dado ningún motivo suficiente para ello, esto no es razón para negarle el desistimiento y eventualmente la liberación de pena. Dado que los presupuestos del desistimiento dependen de la representación del autor, puede también tener lugar un cambio de posiciones entre la tentativa acabada y la inacabada. Cuando el autor actuante con intención homicida supone al principio que quizás puede haber alcanzado mortalmente a la víctima, existe una tentativa acabada que exige un auxilio activo. Pero si más tarde reconoce que la víctima solamente ha sido herida levemente y su vida no corre peligro, la tentativa hasta entonces acabada se transforma en una inacabada y ahora el autor puede desistir mediante una simple renuncia a más ataques. Esto rige también al revés. Si el autor ha considerado al principio que las lesiones infligidas son inocuas, puede desistir de esta tentativa inacabada mediante una simple interrupción. Pero si reconoce más tarde que la lesión es posiblemente mortal, la tentativa inacabada se transforma en una acabada y ahora el desistimiento sólo es posible mediante un auxilio activo.

W. EL DESISTIMIENTO COMO IMPEDIMENTO DEL RESULTADO EN LA TENTATIVA ACABADA

En la tentativa acabada es necesario impedir el resultado para que se dé el desistimiento. Luego, el autor del atentado que ha colocado una bomba de tiempo en el auto de la víctima tiene que retirarla oportunamente o avisar a la víctima o a la policía. El autor que ha preparado la botella con la bebida venenosa para la víctima, tiene que

423

Acerca de la tentativa en el derecho penal

vaciarla antes de que la víctima la consuma, etc. Todo esto rige también para las tentativas acabadas que se presentan como autoría mediata o como hecho omisivo. Luego, cuando el médico ha enviado con la inyección venenosa a la enfermera que actúa de buena fe en camino hacia el paciente, aquél solamente puede desistirse impidiendo de alguna manera que se aplique la inyección. Los padres que dejan en el bosque, con intención homicida, a su hijo recién nacido, para que se presente un desistimiento, tienen que haber procurado que el niño todavía pueda ser rescatado (p. ej. avisando a la policía o a un médico).

Pero en muchos casos plantea grandes dificultades la cuestión de lo que sería una suficiente prestación de impedimento. Quiero aclarar esto con ayuda de un caso de la jurisprudencia del Tribunal Federal. El autor había intentado matar a su esposa mediante abusos peligrosos para la vida realizados con dolo eventual. Cuando ella yacía gravemente herida en el departamento, él se arrepintió y, para salvar su vida, la condujo hasta 95 metros cerca de una entrada lateral de un hospital, pues no quería ser descubierto. Luego la hizo bajar del auto y la dejó continuar a pie. A continuación la mujer perdió el conocimiento y cayó en un arbusto. Allí fue encontrada por transeúntes y estos la llevaron al hospital. Sin esta ayuda, la víctima hubiera muerto, pero gracias a los transeúntes fue salvada.

¿En este caso, el marido se ha desistido o no de la tentativa de homicidio? Esto depende de si se quiere hacer valer su conducta como impedimento de la muerte de su mujer. Sobre esto hay dos opiniones en la jurisprudencia y ciencia alemanas. Según una de ellas, para un «impedimento» basta que el autor haya colocado dolosamente una causa para evitar el resultado, que haya abierto a la víctima una oportunidad de rescate (que finalmente también ha surtido efectos). Aquí hablo yo de una «teoría de elevación de

oportunidades». Si se siguiera esta teoría, el autor de nuestro caso se habría desistido voluntariamente. Y es que, después de todo, ha creado una posibilidad para la salvación de su mujer, y por ello se ha vuelto causal. Pero según la opinión contraria, no es suficiente para un impedimento lo que el autor ha hecho en nuestro caso. Más bien el autor tiene hacer lo mejor que le sea posible. Por ello llamo a esta segunda teoría, la «teoría de la mejor prestación». Nuestro autor no ha aportado tal prestación. Para ello hubiera sido

424

Acerca de la tentativa en ti derecho [cn:il

necesario que interne a su mujer en el hospital. La prestación inferior que en vez de ello ha mostrado, no vale para esta doctrina como impedimento y el autor queda punible por una tentativa de homicidio.

El Tribunal Federal alemán, en el presente caso, ha defendido la «teoría de la mejor prestación», o sea ha rechazado un impedimento y con ello un desistimiento. El autor no puede "contentarse con medidas que, como él reconoce, (posiblemente) son insuficientes cuando tiene a su disposición mejores posibilidades de impedimento. Él tiene que agotar tales posibilidades de impedimento. No puede dejar lugar a la casualidad cuando puede evitarla».

En cambio, en otras sentencias, el Tribunal Federal se ha contentado con prestaciones insuficientes cuando hubieran<sup>1</sup> llevado a evitar el resultado típico. Así, un autor había prendido fuego a la casa de un matrimonio ausente. Pero tuvo remordimientos a causa de los niños que estaban durmiendo allí y llamó por teléfono a la mujer que se encontraba en un restaurante y, sin darle explicaciones, le dijo que debería regresar a su casa. Ella regresó a su casa en un taxi y llamó a los bomberos, quienes apagaron el incendio antes de que se produjeran mayores daños. Aquí el tribunal ha aprobado la existencia de un impedimento y con ello un desistimiento voluntario a favor del autor pese a que estaban a disposición mejores medidas de rescate. Y es que era muy dudoso que la mujer, debido a una llamada anónima en la que no se le daba motivo alguno, hubiera regresado a casa inmediatamente. Por el contrario, hubiera aportado un rescate seguro e inmediato una comunicación a la policía o a los bomberos. Según mi concepción, la solución correcta está en una diferenciación entre impedimento del resultado que se produzca de propia mano o por mano

ajena. Si alguien por sí mismo impide el resultado, esto siempre debe valer como impedimento aun cuando pudo haber empleado medios más idóneos. Tómese el caso sencillo de que el autor haya acuchillado, con dolo de homicidio, a la víctima y a continuación haya salvado su vida vendando la herida. Y lo ha hecho de manera tan diligente que un médico, fácilmente accesible, hubiera prestado una ayuda mucho mejor. Pese a todo ha impedido el resultado. Lo correspondiente rige cuando p. ej. el que mezcla el veneno evita la

425

Acerca de la tentativa en el derecho

muerte de la víctima dándole un vomitivo, pese a que hubiera dado una seguridad mayor una ayuda profesional.

Si cuando se evita de propia mano el resultado también bastan las prestaciones insuficientes esto se debe, en primer lugar, al tenor de la ley, vinculante por el principio de nullum crimen. Cuando alguien salva la vida de otro vendando una herida o dándole un vomitivo, no puede discutirse que ha impedido la muerte de aquél a quien ha atacado antes. Y la ley no exige más de un impedir. En segundo lugar, la liberación de pena de la tentativa de normado también puede justificarse por política criminal si se piensa que el autor ha tenido bajo su control los acontecimientos y, mayormente, puede procurar otro tipo de ayuda cuando fracasen sus propios esfuerzos.

Por el contrario, cuando el autor de la tentativa confía en una evitación del resultado por mano ajena, se tendrá que exigir, para un impedimento pleno, que recurra a las mejores posibilidades de rescate que *haya*, podido reconocer él mismo. En tales casos, el tenor no obliga a interpretar en el sentido de la teoría de la posibilidad de oportunidades porque cuando actúan varios no todo cocausante tiene que ser visto como impedimento. Así puede muy bien decirse que en el caso del hospital no ha sido el marido quien ha impedido la muerte de la esposa, sino el transeúnte que la llevó al hospital y el médico que la trató. En el caso del incendio es más comprensible imputar el impedimento del resultado a la madre que regresa a casa y a los bomberos antes que al que hizo la llamada anónima. En tales casos, desde la perspectiva político-criminal no existe una razón suficiente para premiar con la impunidad a aquél que, con sus acciones poco decididas, deja subsistentes más peligros de los necesarios para la

víctima. No convence la idea de que, en caso contrario, el autor, por temor a ser descubierto, no haría nada, y que por ello siempre sería mejor premiar los esfuerzos insuficientes con el privilegio del desistimiento. Con el mismo argumento también podría decirse que el autor se animaría más a realizar acciones peligrosas para la vida mientras más fácil sea obtener un desistimiento liberador de pena. Además, en el sentido de la protección de la víctima debe considerarse que naturalmente son más útiles para el lesionado las mejores prestaciones que los esfuerzos insuficientes. Y también rara vez se vincula

426

Acerca de la tentativa en el derecho

un autoabandono, o sea el peligro concreto de ser descubierto, con los esfuerzos óptimos de rescate. En el caso del hospital el marido, haciendo ingresar a su mujer al hospital, habría hecho todo lo posible de su parte, aun cuando se hubiera hecho pasar por un transeúnte anónimo que encontró a la víctima. Y también en el caso del incendio el autor hubiera podido alarmar a los bomberos sin traicionarse a sí mismo, De todo esto resulta que los esfuerzos especialmente frecuentes de hacer intervenir a terceros que impidan el resultado, deben ser evaluados de manera diferenciada. En todo caso se presenta un impedimento y con ello un desistimiento cuando el autor trae a un salvador profesional {médico, bombero, guardia de aguas, etc.) y, en caso de ser necesario, le da las explicaciones necesarias (p. ej. sobre el tipo de enfermedad, la situación del foco del incendio) y presta primeros auxilios a la víctima hasta la llegada de éste. Por el contrario, no basta para un impedimento la simple exhortación (equivalente a «inducción») a salvadores no profesionales, sin asegurarse de controlar su intervención exitosa. Luego, el Tribunal Federal ha dicho, con razón, que no basta para un desistimiento que el autor de una tentativa de homicidio, que había acuchillado a su mujer, se hubiera alejado diciendo a su madre que «se preocupe por hacer todo lo necesario». Y es que en tales casos el autor no puede saber si el interlocutor va a hacer algo y si esto eventualmente es lo correcto y lo necesario. Luego, el hijo hubiera tenido que exhortar de manera concreta a su madre, llamar a un médico y a una ambulancia, y no hubiera debido alejarse hasta que estos no hubieran llegado y no se hubiera necesitado más de él.

V. LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO

## 1. La teoría psicológica y normativa

Aun cuando, según las reglas expuestas, se presentara un desistimiento, éste tiene que ser voluntario si se quiere dejar impune la tentativa. Esto rige en igual medida para el desistimiento de la tentativa inacabada como de la acabada. La «voluntariedad» es por ello el último gran tema de la teoría de la tentativa al cual dedicaremos nuestra atención. Este tema es tan polémico como los demás problemas del

427

ik- hi ii'inaiv.i en el diTL'cho penal

desistimiento. No obstante, pueden mencionarse dos concepciones básicas entre las cuales se mueve la discusión.

Según la teoría psicológica, el desistimiento es voluntario cuando el autor haya actuado sin coacción psicológica; es en cambio involuntaria, cuando las circunstancias hayan efectuado tal fuerte presión psicológica en el autor que no pudo actuar de otra manera que desistiendo. Según las teorías normativas, que se presentan en numerosas variantes, no interesa solamente valorar el aspecto psicológico sino el motivo del desistimiento: el desistimiento solamente se juzga como «voluntario» cuando se manifiesta como una «vuelta», como expresión de un cambio de actitud y con ello como un «retorno a la legalidad».

Ambas concepciones llevan al mismo resultado en los grupos de casos más importantes en la práctica, en los cuales el riesgo de ejecución del hecho es muy grande: cuando el autor desiste porque se siente observado y, en caso de realizar el tipo, debe contar con que será apresado pronto y los hechos podrán probarse. La teoría psicológica negará aquí una voluntariedad argumentando que el autor se encontraba en una situación de coerción sicológica y no tenía prácticamente ninguna alternativa distinta de desistirse. Las teorías normativas rechazarán igualmente una voluntariedad porque el desistimiento no se basa en un cambio de actitud del autor, sino solamente en una adaptación a la situación adecuada al delito, y por ello no merece la liberación de pena.

Mientras que en la jurisprudencia domina la teoría psicológica, en la literatura alemana dominan, aunque no de manera unitaria, las con-

cepciones normativas. La contraposición de opiniones gana importancia práctica sobre todo cuando llevan a resultados distintos; y esto ocurre predominantemente en tres constelaciones que van a ser aclaradas usando ejemplos de la jurisprudencia.

La primera constelación tiene que ver con hechos en los cuales el autor, si bien no puede realizar por completo su plan delictivo, lo realiza en la medida de lo posible descuidando objetivos secundarios. En los hechos que debía resolver el Tribunal Federal alemán, el autor había querido matar a su esposa divorciada y a su nuevo novio. El novio apareció primero en el lugar de los hechos, el autor lo lesionó gravemente y hubiera sido muerto por el marido si no hubiera aparecido la

428

**Acerca de la tentativa en el delito penal**

mujer, cuya muerte era todavía más importante para el autor. Temiendo que, de continuar con la muerte del novio, la mujer pudiera escapar y hacer imposible su muerte, el autor dejó de lado un ulterior atentado contra el novio y malo a la mujer.

La cuestión de si el autor se ha desistido voluntariamente de la tentativa de asesinato al novio, tiene que ser afirmada desde el punto de vista de la teoría psicológica. Y es que el autor hubiera podido matar, en vez de a su anterior esposa, al novio de ésta. Bajo una «libertad de elección» el autor se decidió por la preeminencia de la muerte de la ex-esposa sin haber sido motivado para ello por una coerción externa. El Tribunal Federal también llegó a admitir un desistimiento voluntario. Para el tribunal es decisivo «que la circunstancia pertinente se haya presentado para el autor como un obstáculo coaccionante». Pero no habría existido un obstáculo coaccionante para el asesinato del novio. «Más bien, apartarse de éste se manifiesta como el resultado de una sobria ponderación».

En cambio, desde el punto de vista de las teorías normativas, se tendrá que rechazar una voluntariedad del desistimiento. Y es que cuando alguien no termina de ejecutar un asesinato solamente porque, en el marco de su plan del hecho, es más importante para él otro asesinato, en ello no existe una vuelta del camino hacia los objetivos criminales, no hay ningún cambio de actitud hacia el hecho y no hay un retorno a la legalidad. El autor no ha merecido la liberación de la pena por tentativa.

La segunda constelación en la cual las concepciones teóricas divergentes llegan a resultados distintos es aquella en la que el autor desiste solamente

porque puede alcanzar el objetivo buscado de una manera mejor y menos peligrosa. Eso ocurrió en un caso en el cual el autor de una tentativa de violación se había apartado del hecho solamente porque la víctima le había propuesto -fingidamente- que, luego de una corta pausa, se entregaría voluntariamente.

El Tribunal Federal alemán quiere aquí, desde la perspectiva de la teoría psicológica, admitir un desistimiento voluntario de la tentativa pues el autor no habría estado obligado a detenerse y a renunciar inmediatamente a forzar el acto sexual. Una concepción normativa del

429

**Acerca de la tentativa en el delito penal**

desistimiento llegaría aquí a otro resultado. Y es que en la conducta del autor no se manifiesta una vuelta, un cambio de actitud, sino solamente la circunstancia de que un delincuente sexual ha recorrido el camino más cómodo para alcanzar su objetivo, camino que se le ha abierto gracias a sus acciones violentas de tentativa.

La tercera constelación de casos, en la cual se puede arribar a resultados divergentes empleando las interpretaciones psicológica y normativa, se refiere al desistimiento motivado en graves inhibiciones internas (remordimientos graves, sentimiento de culpa, compasión, vergüenza). Voy a aclarar esto con ayuda de una reciente sentencia del Tribunal Federal. Ella se basó en hechos en los cuales el autor, con dolo homicida, acababa de acuchillar a su esposa cuando aparecieron repentinamente los dos hijos comunes de la pareja en la puerta del dormitorio. Entonces, como el autor «no quería continuar su hecho ante los ojos de sus hijos, y tampoco podía hacerlo síquica y emocionalmente», se apartó de su esposa y echó a sus hijos del dormitorio. Y aunque se quedó nuevamente solo con su esposa, por razones psicológicas ya no fue capaz de acuchillarla otra vez. El Tribunal Federal se ve compelido por su concepción psicológica del desistimiento a admitir un desistimiento involuntario. La conmoción síquica desatada por la aparición de los hijos también habría continuado después que estos fueran echados del cuarto y habría incapacitado al autor a culminar el hecho. Bajo una evaluación normativa, en cambio, se tendrá que llegar a la voluntariedad del desistimiento. Yes que la visión de los hijos había modificado la actitud interna del autor y por ello había retornado a la legalidad. Aquí existe una vuelta que justifica liberar de

pena por tentativa de homicidio. En tal constelación, la evaluación normativa favorece al desistido, mientras que en los dos otros grupos, el desistido es tratado con más severidad que la teoría psicológica.

## 2. La insostenibilidad de la concepción psicológica

La teoría psicológica fracasa sobre todo ante dos objeciones: su incompatibilidad con la ratio del privilegio del desistimiento (a) y su inejecutabilidad práctica (b).

430

*Acerca de la tentativa en el derecho alemán*

a) Yo veo el sentido del desistimiento, al igual que la opinión dominante y que comparte básicamente también la jurisprudencia alemana, en la desaparición de la necesidad de pena. Cuando el autor desiste voluntariamente, ni las necesidades de prevención general ni las de prevención especial o el postulado de una justa retribución {en tanto sea admitido siquiera como fin de la pena} exigen una punición. Pero bajo este punto de vista solamente resulta razonable tomar como criterio de la voluntariedad al «retorno a la legalidad», la «vuelta interior». Y es que solamente bajo este presupuesto desaparecen las razones que sostienen la punibilidad de la tentativa. Cuando el autor realiza su plan en el marco de lo posible con la mayor energía criminal (B, V, 1), o cuando finalmente alcanza, de una manera más cómoda, el objetivo gracias a la violencia empleada (B, V, 1), sólo se está adecuando a la situación de la misma manera que lo haría cualquier delincuente que calcule las cosas racionalmente. No se entiende, bajo puntos de vista de política criminal, por qué deba llevar a la impunidad tal conducta que está condicionada por completo por el objetivo en el sentido de la realización del delito. Dado que sigue habiendo necesidad de pena en el autor, la impunidad no está cubierta por la ratio del privilegio del desistimiento.

El propio Tribunal Federal entiende que su concepción lleva a resultados insatisfactorios y opina: «Esto explica también por qué una considerable parte de la literatura se ha vuelto contra la concepción psicológica de la jurisprudencia y considera necesaria una valoración normativa del motivo del desistimiento ... Si bien dichas doctrinas toman más en cuenta

que la opinión defendida en la jurisprudencia la idea básica de la regulación del desistimiento, sin embargo, no son compatibles con el tenor de la ley. Pero esto debe ser rechazado. Cuando alguien, debido a una modificación de las circunstancias exteriores, se encuentra en una situación en la cual no tiene, razonablemente, otra elección que desistirse, tal desistimiento puede ser denominado involuntario, sin por ello atentar contra las reglas del uso idiomático usual. Y es que el desistimiento ha sido impuesto coactivamente al autor a través de la situación cambiante.

431

*Acerca de la ley /a U va en el derecho alemán)*

b) También es imposible en la práctica hacer una delimitación entre la voluntariedad y la involuntariedad según la fuerza de la presión síquica que haya recaído en el autor. Y es que esta presión no puede ser medida con posterioridad, y tampoco puede fijarse un punto a partir del cual la voluntariedad se transforma en involuntariedad. Si el autor creía que ya no podía realizar el tipo, allí se presenta de todos modos una tentativa fracasada (B. I), de manera que no se plantea la cuestión de la voluntariedad. Pero si el autor parte de que continúa la posibilidad de realizar el delito, no puede creer al mismo tiempo que ya no es capaz de realizar el tipo.

Cuando p. cj. el autor se siente observado, si bien podía distraer sin problemas la cosa que quiere hurtar, pero se desiste debido al elevado riesgo de ser detenido enseguida, no va a pensar que se ha doblegado a una coerción irresistible, sino que ha renunciado a continuar la ejecución porque, bajo las circunstancias dadas, no valía la pena. Lo correspondiente rige cuando el autor es reconocido y se desiste entonces porque teme ser denunciado y penado. Aquí no existe ningún obstáculo coaccionador, sino el desistimiento es una cuestión de ponderación de oportunidades y riesgos.

Resulta especialmente clara la inutilidad de la delimitación «psicométrica» cuando el desistimiento no se basa en presiones exteriores sino en una conmoción anímica. Eso ocurrió en el caso que he expuesto en el cual la tentativa de homicidio de la esposa fue perturbada por la aparición de los hijos (B, V, 1). Si aquí, tras la aparición de los hijos (que objetivamente no constituían una causa de impedimento y fueron fácilmente expulsados) el

autor, tal como se dice en el tallo, ya no «quiso ni tampoco pudo emocional y síquicamente continuar» el hecho, ya en la dicción se ve claramente que en tales situaciones no pueden separarse psicológicamente el «no-querer» del «no-po-der» (esto es, la voluntariedad de la involuntariedad). Si se admitiera aquí, siguiendo al Tribunal Federal, una involuntariedad, a! fracasar el privilegio del desistimiento se penaría al autor por la fuerza de su conmoción anímica pese a que precisamente ella ha hecho que lo piense mejor y retorne a la legalidad. La circunstancia de que, bajo puntos de vista de política criminal, se haga desaparecer la necesidad de pena, ¡es utilizada paradójica y precisamente para sostener la punibilidad!

432

#### Acerca de la tentativa en el derecho penal

### 3. Acerca de la fundamentación de la concepción normativa de la voluntariedad

En lo particular resulta muy polémica la forma cómo deba efectuarse la indispensable normativización del criterio de la voluntariedad. No obstante, se está imponiendo cada vez más en la ciencia alemana la idea rectora del «retorno a la legalidad». Se tendrá que reconocer como criterio más importante para cumplir con la exigencia del desistimiento la infracción del plan de la conducta del autor. Si el autor p. ej. se desiste al tener compasión con la víctima o porque le entra un miedo inmotivado o pierde el valor esto constituye una conducta contraria al plan, incompatible con la motivación dirigida hacia el hecho concreto; pero con esta conducta, en última instancia, el autor demuestra ser una persona que actúa, en relación con el caso dado, respetando la ley. Por ello el legislador hace desaparecer la necesidad de pena. No se necesita una retribución justa porque el autor mismo ya ha «derogado» su hecho de la tierra. No existe una necesidad de pena por prevención general porque las exigencias del derecho, frente al plan delictivo del autor, finalmente se han impuesto. Y con la conducta concreta del autor tampoco se ha dado lugar a una necesidad de pena por prevención especial dado que el autor ha respetado al final el derecho.

De esta manera se armoniza la interpretación de la voluntariedad con la ratio del privilegio del desistimiento (B, V, 2). En ello tiene uno que cuidarse desde el principio de dos errores. En primer lugar, la voluntariedad no exige un motivo de gran valor moral para que se admita

el desistimiento. Con razón ésta es también la opinión del Tribunal Federal. Pero esto no es un argumento contra la concepción normativa del desistimiento pues tampoco ésta exige una cualidad ética del motivo del desistimiento. Es indiferente que el motivo merezca reconocimiento moral, tal como ocurre con la compasión. Si el autor se detiene porque, sin razón alguna, ha tenido miedo, porque encuentra que los esfuerzos asumidos inicialmente no valen la pena, o porque simplemente ya no tiene ganas, también esto es voluntario; y es que no se exige más que una conducta legal. En segundo lugar, el retorno a la legalidad no presupone que el autor tampoco quiera cometer delitos en el futuro. Es suficiente que haya vuelto a la legalidad en relación

433

#### Acerca de la tentativa en el derecho penal

con el hecho concretamente intentado. Luego, si el autor que se ha desistido por compasión o miedo, decide combatir su «debilidad» y eventualmente cometer el delito más adelante, siempre se habrá desistido voluntariamente -con independencia de la imposibilidad de prueba de tales reservas-. Y es que el legislador solamente exige un desistimiento del «hecho» concreto. Para ello son irrelevantes los planes del autor en relación con su conducta futura.

En cambio, el desistimiento es involuntario cuando el autor se vea descubierto y, aunque todavía podía consumar el hecho, tuviera que contar con una denuncia y una pena en su contra; o si, en contra de las expectativas iniciales del autor se muestra que la consumación exigirá un gasto de dinero, tiempo y esfuerzos desproporcionados frente a la ganancia esperada. Yes que en este caso, el autor no ha cambiado su actitud hacia el delito, no se comporta de manera contraria a su plan, sino se adapta «de conformidad con los objetivos del hecho» a la situación cambiante. No retorna a la legalidad, sino solamente hace lo que cualquier delincuente incorregible haría frente a la misma situación. No existe ningún motivo para recompensar tal conducta con la liberación de pena; la necesidad de pena continúa en toda su magnitud.

434

## La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo<sup>(\*)</sup>

<sup>\*</sup> N. d. T.: el título original en alemán es «Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt». El artículo fue publicado en el/Z, 1996, p. 981 al 987.

La frontera entre la tentativa inidónea (básicamente punible) y el (impune) delito putativo hasta ahora no ha sido definida de manera clara en algunos campos, pese a que la delimitación, p, ej. en el Derecho penal tributario, es de una importancia extraordinaria. La contribución expone resumidamente el problema y llega a una nueva solución diferenciadora.

1. LA IDEA FUNDAMENTAL BÁSICA Y EL CAMPO DE DELIMITACIÓN PROBLEMÁTICO

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo es sencilla en su núcleo: comete una tentativa inidónea quien con su acción parte erróneamente de circunstancias que, si se presentaran, completarían el tipo. Por el contrario, quien capta correctamente todas las circunstancias externas, pero equivocadamente supone que su conducta atenta contra una prohibición penal, comete un delito putativo impune. Entonces, quien durante el crepúsculo tiene erróneamente por una persona al tronco del árbol contra el cual dispara, comete una tentativa [inidónea] de homicidio. Quien por el contrario, en un bosque de su propiedad, dispara contra el tronco de un árbol que ha reconocido como tal, creyendo que esto es punible, comete un delito putativo. La impunidad del delito putativo resulta del principio «nullum crimen sine lege»<sup>1</sup> (art. 103, segundo párrafo de la Constitución): donde no hay un tipo penal, son imposibles por igual una

Comp. HER/BKRC,; JuS 1980, p. 469.



consumación y una tentativa. La actitud interna del autor, hostil al Derecho, no puede por sí sola fundamentar una punibilidad. Pese a la naturalidad de esta idea fundamental, sin embargo, la diferenciación entre tentativa inidónea y delito putativo es muy difícil en un campo límite, y hasta ahora no ha sido esclarecida de manera terminante. P. ej. ¿comete una tentativa de falso testimonio quien presta un juramento ante el Fiscal, por el hecho de haber supuesto erróneamente un elemento típico («el lugar competente para la toma de juramentos») ? ¿O practica un delito putativo impune porque consideró erróneamente que una conducta no sancionada penalmente (jurar ante un Fiscal no competente para la toma de un juramento) era punible? Tales cuestiones han sido respondidas en la literatura y jurisprudencia de manera diferente hasta hoy (más al respecto infra 3). Pero pese a estas vaguedades, en amplios ámbitos hay consenso sobre la delimitación; es más, el consenso es tal que, en parte, ni siquiera hay sentencias sobre ello. Aquí comenzaremos con las constelaciones (más órnenos) indiscutibles.

## 2. EL ÁMBITO NO DISCUTIDO

a) Errores en los hechos no llevan (casi) nunca a un delito putativo. Cuando el autor se representa los hechos que completarían un tipo, su hacer dirigido a la realización de estos hechos, por regla general, sólo puede fundamentar una tentativa inidónea y no un delito putativo. Entonces, cuando un catedrático distraído cree erróneamente haber recibido un elevado honorario por su informe pericial, y no lo declara al fisco, esto es una tentativa punible de un fraude tributario (art. 370,

segundo párrafo, Ley tributaria). La cuestión de si se presenta un delito putativo sólo puede surgir cuando el actor se encuentra en un error de Derecho sobre algo que lo inculparía, p. ej. cuando guarda silencio ante el fisco sobre un ingreso monetario, que él cree erróneamente tiene que declarar tributariamente. Existe una excepción (discutida) a esta regla de que los errores en los hechos no pueden fundamentar un delito putativo: la suposición errónea de un deber por el status (comp, infra en 3 d). Quien, entonces, toma a un documento falsificado por un documento de designación de funcio-  
438

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

nario público y, a continuación comete un supuesto delito contra la Administración pública, practica un delito putativo impune, aunque su error se encuentre en un campo táctico.

b) La suposición de tipos no existentes como delito putativo  
Aquí pertenecen casos como la comisión de un adulterio, el intercambio de parejas, los actos homosexuales o los «abusos deshonestos» en animales, en los que el autor cree que tales conductas son punibles. Estos errores son posibles porque esas acciones realmente estaban amenazadas con pena [en Alemania] hasta mucho después de la posguerra<sup>1</sup>. Naturalmente, las representaciones jurídicamente erróneas no pueden hacer que el «autor» sea punible porque para su conducta no está disponible ninguna disposición penal. Lo correspondiente rige cuando alguien cree que es punible algo que nunca lo fue durante la vigencia del C. P.: el hurto de uso (fuera del art. 248b), los esfuerzos de un delincuente para frustrar su propia punición, la fuga de prisión o el uso clandestino de un teléfono ajeno.

c) El desconocimiento de causas de justificación y de otros obstáculos de punición como delito putativo

Cuando alguien defiende su propiedad contra un ladrón en fuga disparándole en la pierna, dentro del marco de la necesidad racional [Erforderlichkeit], está amparado por la legítima defensa {art. 32)<sup>(3)</sup>. Cuando el autor considere esto punible por opinar que sólo podía defenderse con un arma de fuego contra ataques corporales, así y todo tampoco comete una tentativa de lesiones (art. 223a), sino un delito

putativo. Igualmente es impune quien arresta a otro bajo el presupuesto de la detención provisional (art. 127C.P.P.) considerando que esto es una secuestro punible (art. 239), porque cree que sólo los órganos de persecución penal estarían facultados para detener. Lo mismo ocurre cuando se desconoce las causas de justificación: quien bajo  
<-> Comp. Roxiv, «Strafrecht, AT», tomo 1, 1.ª ed., 1994, cap. 2, n. marg. 3. <sup>(S)</sup> Comp. ROXIN, «Strafrecht, AT», tomo 1,2\* ed., 1994, cap. 15, n. marg. 46.  
439

1.ª delimitación entre tentativa inidónea y delitu  
putauvo

los presupuestos del art. 35 [estado de necesidad exculpante) comete un hecho antijurídico, sigue siendo impune así crea él que es punible. Ello no es distinto en las causas de exclusión de la punibilidad (o condiciones objetivas de punibilidad): el Parlamentario que injuria a alguien en el Bundestag, comete un delito putativo cu virtud del art. 36 [disposición penal que excluye la punibilidad de las expresiones de Parlamentarios], aun cuando él ju/ge su conducta como punible (por cierto que también sería impune una tentativa).

d) La extensión desmesurada de los conceptos típicos como delito putativo

En caso de una extensión desmesurada de los elementos típicos, es decir, cuando el autor define erróneamente un elemento en contra suya, no es tan indiscutible la presencia de un delito putativo, si bien hoy en día esta solución goza de amplio reconocimiento. En la jurisprudencia el problema se ha vuelto actual sobre todo en el tipo de la falsificación documental. En el caso BGHSt 13, 235, el inculpado había hecho imprimir vales, cuyos cupones sueltos debían servir para adquirir cigarrillos en las cantinas de las fuerzas armadas extranjeras [que en esc entonces ocupaban territorio alemán]. Pero las tarjetas y los cupones no tenían consignado el nombre del otórgame ni tenían carácter probatorio, no obstante lo cual, el inculpado había pensado que tenían ja calidad de documentos. El TEA declaró al respecto (Ídem, p. 240 y s.):

"Si él creyó... que los cupones sueltos eran documentos, pese a faltar el otorgante y el carácter probatorio en el sentido del art. 267 C. P., habría prestado ayuda a un hecho que consideró punible, debido a una errónea valoración jurídica (error de subsunción), es decir a un delito putativo».

Bajo estas circunstancias su propia conducta sería también «un delito putativo y por ello impune». El fallo no quedó en ese entonces sin contradecir<sup>141</sup>, y tampoco el TEA sostuvo siempre esa opinión. To-

<sup>(41)</sup> A favor de una falsificación de documentos, FOTH, *^R* 1965, p. 370; TKALII, *JuS* 1967, p. 115.

440

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

avía el BGHSt 7, 53 (58) había opinado en un caso similar que podría existir una tentativa de falsificación documental si los inculpados «consideraron como documentos los cupones de víveres de la zona de ocupación soviética, sin que lo fueran». Pero sólo es con ecto aceptar un delito putativo en forma de un «error de subsunción al revés»: lo que se representaron los inculpados, viendo las cosas objetivamente, no fundamenta una falsificación documental. Por ello falta un dolo correspondiente al tipo objetivo. Debe quedar impune aquél que ve como una falsificación documental lo que no lo es sobre la base del contenido de su representación.

Esto rige para interpretaciones exageradas de todos los elementos típicos, y no sólo de los normativos, que están en primer plano, sino también de los preponderantemente descriptivos<sup>111</sup>. Quien p. ej. toma por una «persona» en el sentido de los arts. 211 y ss. a alguien que sigue conectado a un aparato de respiración después de su muerte cerebral, reconocida por el actor, y cree cometer un homicidio desconectando el aparato que mantiene la circulación sanguínea, ha practicado en realidad un delito putativo. Cuando se parte de la opinión dominante, para la cual la vida se acaba con la muerte cerebral, el autor ha practicado su acción sobre un muerto. Al juzgar al muerto como una «persona» extiende exageradamente este concepto y se encuentra en un impune error de subsunción al revés. Lo que sería reconocido como impune mediante una correcta definición del

concepto «persona» no puede convertirse en punible mediante una falsa definición.

El dicho de que las interpretaciones exageradas de elementos típicos llevan a un delito putativo rige para todos los elementos, así que no se necesita más ejemplos. Solamente obsérvese aún que ella rige también para aquellos elementos del tipo que no estén mencionados expresamente en la ley, sino que deban ser inferidos recién del contexto de la disposición.

Así se reconoce que, según el art. 142 [alejamiento no permitido del lugar de un accidente], no surge un deber de esperar cuando

<sup>(5)</sup>  
57 y ss.

Comp. al respecto ROXIN, «Strafrecht, AT», 2\* cd., 1994, cap. 10, n. marg. 441

alguien sufre «daños exclusivamente para sí» mediante un accidente de tráfico por él ocasionado (BGH, colección penal, 8, 263); pues la ratio del art. 142 radica en la seguridad de pretensiones de reparación de terceros. Ahora bien, cuando alguien, que es el único que sufre daños, cree que tiene el deber de esperar, extiende exageradamente el «elemento típico no escrito» del «deber pasivo de comprobación» (BGH, colección penal, 8, 265) y no comete una tentativa de fuga del lugar del accidente, sino un delito putativo (BGH, colección penal, 8, 268)<sup>(11)</sup>. La circunstancia de que hoy en día es impune la tentativa de huida del lugar del accidente, no aminora la importancia científica de la diferenciación.

Lo correspondiente rige para la extensión exagerada de deberes de garante en los delitos impropios de omisión. «El autor de la omisión que -erróneamente-supone tener un deber de garante, pese a que los hechos -reconocidos por él- no proporcionan este deber», practica solamente un delito putativo, según el parecer correcto de la Sala plena de Derecho Penal (BGH, colección penal, 16, 155, 160).

3. EL ÁMBITO DISCUTIDO: ERRORES QUE PERJUDICAN A UNO MISMO EN EL CAMPO PREVIO AL TIPO

a) La constelación de casos

Los casos hasta ahora no esclarecidos definitivamente, en los cuales la jurisprudencia todavía no encontrado una línea clara, se refieren a errores de Derecho inculpantes en el campo previo al tipo. Lo que se quiere decir

con ello será ilustrado con cinco constelaciones de casos especialmente importantes.

#### *aa) Ajenidad*

Supóngase que alguien vende una cosa que ya ha vendido antes, pero que todavía no ha transferido debido a una mayor oferta de un

<<sup>6</sup>> ENGIBO\* todavía en 1972 dudaba sobre esto {L.-H. a Heinitz, 1972, p. 191 y ss., 201 y s.}. Por el contrario, acertadamente, HERÜHERC., JuS 1980, p. 470.

442

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

segundo comprador, ¡a quien se entrega finalmente la posesión! Al hacer esto, la persona supone haber cometido una apropiación ilícita porque tiene la errónea concepción jurídica de que la propiedad ya habría sido traspasada con el primer contrato de venta a la primera parte contractual. Aquí se descarta una apropiación ilícita consumada pues la cosa no era «ajena» al tiempo de la segunda venta, sino todavía estaba en propiedad del autor. Pero éste ha creído que era ajena después de reflexiones jurídicas equivocadas. ¿Es esto entonces la tentativa inidónea de una apropiación ilícita o un delito putativo? El autor no ha definido el concepto «ajeno» de manera equivocada ni exagerada. Él sabía que una cosa es ajena cuando está en propiedad o en copropiedad de otro. Solamente se ha equivocado sobre los presupuestos jurídicos de la transferencia de la propiedad. Se equivoca sobre las reglas jurídicas en el campo previo al tipo.

#### *bb) Daños patrimoniales*

También en la estafa pueden ocurrir errores similares. P. ej. alguien que, en una certificación notarial de un contrato de venta sobre un inmueble, proporciona un menor precio para ahorrar derechos\*<sup>11</sup>. Al hacer eso parte erróneamente de que los derechos del Notario se miden por el verdadero y mayor precio de venta, cuando en realidad estos se orientan únicamente por el precio de venta legalizado. Entonces, a falta de un daño no existe

una estafa consumada. Con ello se plantea la cuestión de si debe admitirse una tentativa inidónea de estafa o un delito putativo. El autor define el concepto del daño patrimonial de manera totalmente correcta. Pero él se equivoca en cuanto a los presupuestos jurídicos de los Derechos que hacen surgir tal daño. Aquí el autor llega a suponer su punibilidad mediante una equivocada opinión jurídica en el campo previo al tipo.

#### *ce) Competencia*

Un error de este tipo muy frecuente en la jurisprudencia consiste en el error sobre la competencia en el art. 154 [falso juramento].

<sup>171</sup> Más o menos así sucedió en el caso BayOLG A/W1955, p. 1567 y s.

443

1,11 delimitación en iré tentativa inidónea y delito putativo

Alguien proporciona, bajo juramento, una información falsa anie una autoridad no competente, pero creyendo que ella lo era. ¿Tentativa o delito putativo? También aquí el autor no se equivoca sobre el concepto de competencia, pues sabe que con ello se quiere decir un lugar autorizado de manera general y en el caso concreto para la toma de juramentos. Su error, por cuyo motivo se cree punible, se refiere a las normas extrapenales repartidoras de competencias, mediante las cuales se distribuye a una oficina la potestad de tomar juramentos. Con ello tenemos ante nosotros otra vez un error jurídico inculpante en el campo previo.

#### *dd) El hecho previo en el delito de encubrimiento personal*

Muchas veces (y sin unidad de criterios, comp. infra f) se ha decidido también el caso en el cual el autor de un supuesto delito de encubrimiento personal (art. 258), debido a un juicio jurídico equivocado, supone un «hecho antijurídico previo». Así ocurre cuando alguien considera como acción punible al hecho previo, cuya sanción quiere eludir, conociendo sus circunstancias externas, mientras que en realidad se trata sólo de una contravención. También aquí el autor define acertadamente el «hecho antijurídico» en el sentido del art. 258 como «aquél que realiza el tipo de una ley penal» (art. 11, primer párrafo, N<sup>o</sup> 5). Pero se equivoca sobre sus presupuestos (a saber, sobre si el acontecer del hecho previo, conocido por

él, es un hecho punible o no). La suposición de la punibilidad descansa entonces sobre un error inculpante en el campo previo.

ee) *El deber de tributar*

Como último caso veamos la suposición errónea de un deber tributario. Debido a la cantidad y a la confusión de deberes fiscales, los errores jurídicos inculpantes, en este campo, son posibles con especial facilidad<sup>81</sup>, aun cuando difíciles de probar (por lo que la importancia práctica del problema no se sale de los límites). Sea mencionado aquí

"" Comp. así los ejemplos prácticos en REIb, *Wistra* 1986, p. 193 y s.

444

Se estaría remitiendo a las reglas sobre la transferencia de propiedad y a todos los demás tipos penales:

«En la medida en que el error en contra del autor se refiera al campo de remisión, el campo jurídico previo, este error fundamenta el dolo y una tentativa inidónea.

Por el contrario, se debe admitir un delito putativo cuando la comprensión jurídica

<""> Ejemplo de BLRKHAKD, *Wistra* 1982, p. 180.

""> Al final de una serie de artículos dedicados a] deliio putativo en *JA* 1973, p. 237, 321, 389, 459, 529, 601 (604); siguiéndolo, HKRmr.fcN, L.-H. al BGH, 1975, p. 206.

""> HER/BERííJuS 1980, p. 472 y ss.

""-\* Sobre esto y lo que sigue, HER/HERíí, JuS 1980, p. 473.

445

La delimitación  
entre tentativa inidónea y delito putativo

solamente el caso sencillo<sup>91</sup> de quien hereda algunos miles de marcos de su esposa y cree erróneamente que debe afectar tributariamente esta suma, de manera que, ante el requerimiento del Fisco responde conscientemente de manera falsa, en cuanto a que solo tendría deudas. ¿Es esto una tentativa de fraude tributario o un delito putativo? El autor no se equivoca sobre el concepto de la reducción del impuesto o del hecho tributariamente relevante, en el sentido del art. 370 AO, sino sobre los presupuestos jurídicos de la aparición de la pretensión fiscal, es decir sobre una circunstancia anterior al tipo del fraude fiscal.

b) La teoría del efecto fundamentador de la tentativa del error en el campo previo

Fue BLEI<sup>(10)</sup> quien en primer lugar defendió la concepción de que una tentativa siempre se da cuando el autor «está sometido a un error de Derecho en el campo previo del tipo, a consecuencia del cual creía haber realizado el elemento típico, el que visto por sí mismo había sido entendido de manera correcta». Esta concepción ha sido ampliada por HEKZBERG<sup>(11)</sup> quien la ha convertido en una teoría todavía muy influyente hoy en día. En elementos como el de la «ajenidad» (arts. 242, 246) o el «hecho antijurídico» (art. 258) se trataría de «conceptos de remisión»<sup>(15)</sup>.

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

ca del autor esté en contradicción con la decisión fundamental tomada [por el legislador] con la colocación del elemento».

Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa ajena o frustrar la punición de un delito, se rebela contra la «decisión fundamental» del legislador y merece la pena por tentativa, incluso cuando, por lo demás, se equivoca jurídicamente en contra de él mismo. Por el contrario, cuando alguien cree que la segunda venta de una cosa propia (reconociendo además que le pertenece) o las contravenciones, reconocidas como tales por él, son «hechos antijurídicos» en el sentido del art. 258, se equivoca sobre la «decisión fundamental» del legislador de impedir solamente la apropiación de cosas ajenas y la frustración de una punición, y su hecho permanece impune como delito putativo. Los elementos que pertenecen al campo previo del ámbito de remisión pueden ser reconocidos, según esta teoría, por el hecho de que las modificaciones jurídicas en el ámbito de la remisión no tocan al tipo. Las modificaciones de las reglas sobre la transferencia de la propiedad, sobre la punibilidad de hechos previos o el carácter de deber tributario no tienen influencia en el sentido de los correspondientes tipos penales, incluso si se modifica su alcance. Si se

sigue esta «teoría del campo previo», en todos los cinco casos del principio existe una tentativa punible.

En contra de esta -.,, y atendible- teoría uno puede levantar dos objeciones. En primer lugar, ella lleva a una enorme ampliación de la punibilidad, no siempre plausible desde la perspectiva político-criminal. Va la sentencia RGSt 65, 165 (p. 172) ha observado en cuanto al error sobre el deber tributario<sup>131</sup>:

«Frente a la confusión de los debe res... impuestos en las leyes tributarias, traería consecuencias insostenibles si se permitiera que... fuera hecho responsable cualquiera que bajo un desconocimiento jurídico cause la impresión de que su conducía,

<sup>(13)</sup> En el mismo sentido, desde la perspectiva actual, p. ej. BLRKHAKDT, JZ 1981, p. 687 y s.; HWIHMIWFELIÉER, «Der umgekehrte Subsumtionsimum», 1991, p. 90; REIb, Wútra 1986, p. 193 y ss.

446

La delimitación entre tentativa inidónca y delito putativo

que no tiene efectos penales al no existir la supuesta pretensión tributaria, tendría por consecuencia la disminución de una pretensión tributaria.»

O piénsese en el caso de alguien que comete un supuesto perjurio ante la Policía, la cual es totalmente incompetente para tomar juramento<sup>111</sup>: según la teoría del campo previo, aquí hay una tentativa inidónca de conformidad con el art. 154. Esto no es comprensible, pues el legislador no ha tenido ningún interés en «poner bajo protección penal la toma de juramento mediante policías de tráfico; por el contrario les ha prohibido el derecho a ello»<sup>15</sup>. También HERZBERG siente lo errado del resultado y quiere ayudarse con el art. 23, tercer párrafo («grave incomprensión»). Pero a los profanos en Derecho, quienes desconocen totalmente las cuestiones sobre competencia, debido a su desconocimiento difícilmente puede reprochárseles una grave incomprensión. Con más razón rige esto para las obligaciones tributarias, las cuales incluso para los expertos apenas pueden distinguirse. ¡En tales casos, lo incomprensible tío es el profano, sino su punición!

Un segundo argumento en contra<sup>(14)</sup> consiste en que a menudo es sólo una cuestión de técnica legal el que algo esté regulado en el «campo previo» o en el tipo mismo. Así, el legislador podría p. ej. penalizar solamente el encubrimiento que tienda a la frustración de determinadas y particularmente graves penas y mencionar los hechos punibles afectados en el art. 258. Quien creará que los esfuerzos de frustración de una conducta no mencionada allí serían punibles según el art. 258, extendería exageradamente el tipo penal y sería impune sin ninguna discusión. ¿Por qué actualmente debería ser penado alguien que en su acción de frustración considera, bajo un error de Derecho, una contravención como un hecho punible? Igualmente

<sup>(14)</sup> Más detalles, Roxix, «Offene Tachestándc und Rechtspflichmi e rítmale-, 2<sup>1</sup> ed., 1970, p. 164 y ss.; de acuerdo con él, BuKHAKinJZ 1981, p. 685.

<<sup>35</sup>> ROXIN (nota 14), p. 165.

<sup>(14)</sup> Al respecto BuiKHARi)T,yZ 1981, p. 687.

447

1.1.1 delimitación entre icntiuiva inidónca y delito putativo

podría pensarse que todos los lugares competentes para la loma de juramentos habrían sido mencionados en el tipo; si sólo son pocos, tal procedimiento es incluso razonable, pues procura una mayor claridad. En este caso, sería un delito putativo la suposición de que unjtiramen-to ante una oficina allí mencionada sería un falso juramento, porque la representación del autor no se dirige hacia algo que completa el tipo. Pero la mera técnica legal difícilmente puede determinar el alcance del tipo.

c) La teoría de la impunidad de todos Jos errores autoiiculpantes Siguiendo un antiguo trabajo de KRIEGSMANN<sup>11</sup> \* y profundizando en lo básico la fundamentación, BURKHARDT<sup>(15)</sup> ha desarrollado ja teoría contraría, según la cual iodios los errores en el campo previo también llevan al delito putativo<sup>191</sup>: «Un error de Derecho al revés -sea cual sea su procedencia- no actúa fundamentando la tentativa, sino lleva a un delito putativo impune». Entonces, quien se apropiara de una cosa, considerada como ajena debido a una equivocada interpretación jurídica (comp. el ejemplo de arriba, a, aa), sólo cometería un delito putativo, el cual, según esta teoría, también se presentaría en todas las constelaciones nombradas arriba.

Esta concepción se funda sobre todo en la tesis<sup>1171</sup> de que «cualquier error de significado al revés, basado en un desconocimiento de normas jurídicas, está vinculado con una extensión exagerada del ámbito de protección penal». Sería erróneo decir que cuando alguien se apropiara de una cosa que tiene por ajena a consecuencia de reflexiones jurídicas equivocadas no se estaría equivocando sobre el concepto de «ajenidad», sino sólo sobre las normas de transferencia de la propiedad en el campo previo a este elemento. Y es que esta persona en realidad entendería bajo ajenidad algo distinto que el legislador

<sup>1171</sup> KRICKSMANN, «Wahnverbrechen und unlauglicher Versuch», 1904. *BimHAKm./Z*1981, p. 681; el mismo autor, *Wistra* 1982, p. 178.

<sup>1172</sup> BujKHAKE/T./Z1981, p. 681.

<sup>1173</sup> Sobre esto y lo que sigue, Bi KKHARDT, *JZ* 1981, p. 685.

448

La delimitación entre tentativa millonera y delito putativo

cuando con motivo de reflexiones jurídicas equivocadas llega a afirmar este elemento. Esto hace que BURKHARDT concluya que la amplitud (la extensión) conceptual de los elementos jurídico-normativos del tipo dependería siempre de las normas jurídicas que los constituyen. «Por ello, un error sobre estas normas jurídicas concierne eo ipso a la extensión de los elementos normativos del tipo y con ello también al campo de aplicación del tipo penal respectivo»<sup>1174</sup>.

Esta es una concepción seductora<sup>(?)</sup> que lleva también a resultados plausibles en la mayoría de los casos, al permitir p. ej. que sólo las imaginarias pretensiones tributarias, competencias y hechos punibles (supra a, ce - a, ee) se mantengan al margen del ámbito de la punibilidad de los delitos tributarios, de falso juramento y contra la administración de justicia. Pero con todo, debe dudarse de la validez general de la tesis, en el sentido de que cualquier error inculcante de Derecho descansa sobre una extensión exagerada del tipo penal supuesto por el autor. Así, en el ejemplo de la estafa, dado arriba bajo el acápite a, bb, (el precio de la propiedad declarado falsamente como menor), el autor pretende perjudicar al Notario y también lo haría si la pretensión de honorarios de éste llegara

al nivel sobre el cual se basa el autor. Su error no se refiere a la comprensión del concepto «daño patrimonial» (dado que supone correctamente que la reducción de una pretensión sería un daño), sino en el Derecho referente a los honorarios de los Notarios. Es poco convincente que esta materia forme parte del tipo de la estafa; por ello, también es preferible desde el punto de vista político-criminal la suposición de que, pese al error en este campo, existiría un dolo de dañar y con ello una tentativa de estafa. Entonces, en contra de BURKHARDT debe admitirse que también hay errores de Derecho en contra de uno mismo [autoinculpantes], neutrales al ámbito de las normas y *que* llevan a la punibilidad por tentativa.

<- " Bt KKHJLiin-/Z 1981, p. 68fi.

<sup>(121)</sup> Siguiendo a BVIÍKHAÍÍ>T, JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., 1991, cap. 25, n. marg. 42; Orro, «Strafrecht, AT», 4ª ed. 1992, cap. 18, IV, 4; el mismo autor, *JZ* 1984, p. 143 y ss. (144); ScHLCeuTbiii, *Wistra* 1985, p. 46 y ss., 94 y ss. (95).

449

I ,a\_<ldii\_nitatidn cutre imirttiva midáieca y *delito* putativo

d) La teoría de la **deducción** a la inversa

Una teoría que se está imponiendo en la jurisprudencia y literatura<sup>31</sup> pese a toda la crítica, delimita el delito putativo de la tentativa inidónea con ayuda de la "deducción a la inversa": la tentativa inidónea sería un error de tipo al revés, el delito putativo un error de prohibición al revés. Entonces, quien p. ej. cree que un espantapájaros es una persona y con dolo de matar le dispara, se equivoca sobre una circunstancia del hecho. Así, tal como el desconocimiento de una circunstancia del hecho realmente dada (el que dispara erróneamente toma a la persona por un espantapájaros) excluye el dolo, el error al revés (el espantapájaros es visto como una persona) fundamenta el dolo y lleva a una tentativa inidónea. Por otro lado, quien considera que el furtum usus [hurto de uso] es punible de manera general, estarán bajo un error de prohibición al revés (lo cual no es totalmente cierto, pues el error de prohibición y el error sobre la punibilidad son dos cosas distintas<sup>4)</sup>): así como el error de prohibición (p. ej. la suposición de que el uso de bicicletas ajenas no estaría prohibido, pese al art. 248 b) no libera sin más, el error de prohibición al revés no podría (p. ej. creer que el

«préstamo forzoso» de aparatos dejardinería ajenos sería punible) inculpar y tendría que llevar al delito putativo. (Ya a primera vista esta conclusión tampoco es totalmente cierta porque el error de prohibición por regla general después de todo lleva a la atenuación de pena y en caso de su inevitabilidad también lleva a la exclusión de pena, mientras que el delito putativo es simple y llanamente impune.) La deducción a la inversa ya ha jugado un papel en la jurisprudencia del Tribunal del Reich (RC) i<sup>51</sup> y también ha sido repetida-

i<sup>51</sup>> DRKHER/TRONDLE, «StGB», 47ª ed., 1991, cap. 25, n. marg. 9; ForH,yB 1965, p. 370;>:scnE(VWK[:i:Mi, «Lehrbuch, AT», 5ª ed., 1996, cap. 50, II, 1; MAIWAI n, \*Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht», 1984, p. 29; NIERWETHERC;, *Jura* 1985, p. 241; Pim:, L.-H. a Lackner, 1987. p. 202; RUK>U>HI en *SK*(6ª ed.), art. 22, n. marg. 30; Esi-R en: Schönke/Schröder, «StGB», 24ª ed., 1991, art. 22, n. marg. 69; TRALH, *NJW196Q*, p. 349; el mismo autor, *JuS* 1967, p. 115; VOCLKK en *LK* (10ª ed), art. 22, n. marg. 143; WI-SSELS, «Strafrecht, AT», 26ª ed., 1996, n. marg. 621.  
<--> Comp. ROXÍN, «Strafrecht, AT», 2ª ed, 1994, cap. 21, n. marg. 13.  
<2i> RG, colección penal, 42, 94; 66 126, 72, 112.

450

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

mente adoptada por el Tribunal Federal Alemán (TFA). En la BGHSt 15, 345 se trataba del caso de que un inculpado, en un proceso de juramento declarativo, había dado un dato falso sobre una circunstancia que no estaba contemplada dentro del deber de informar o declarar bajo juramento, suponiendo el sujeto haber cometido un delito de falso juramento. El TFA vio en ello (en contra de la BGHSt 2, 74, 76) un delito putativo y declaró que la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición sería «esencial también para la cuestión de si existe una tentativa inidónea o un delito putativo. Una tentativa inidónea se da cuando el autor supone erróneamente un elemento no existente del tipo, mientras que es un delito putativo la errónea suposición del carácter prohibido del hacer, es decir la suposición errónea de que la conducta del autor caería bajo la norma penal. Entonces, si el autor cree erróneamente que la información dada por él no cae dentro del juramento, mientras que esto es jurídicamente así, se está equivocando sobre la amplitud de la norma, es decir, se encuentra en un error de prohibición. El no se equivoca sobre un elemento del tipo, sino sobre que su conducta cae dentro de la prohibición legal. Por ello debe verse como delito putativo a la suposición

errónea del autor de que una declaración falsa prestada por él bajo juramento estaría enmarcada dentro del deber de decir la verdad».

También el auto de la Sala grande sobre el error en los delitos impropios de omisión (BGHSt 16, 155, comp. supra 2, d, in fine) opera con la deducción a la inversa. El TFA basa su sentencia, según la cual sería un error de prohibición el desconocimiento del deber de garante, en caso de conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de este deber, en los resultados intolerables que tendría para la teoría de la tentativa la suposición de que un deber de garante tendría que ser abarcado por el dolo: «El autor de una omisión que -erróneamente- supone tener un deber de garante, pese a que los hechos -por él conocidos- no arrojan este deber, si se siguiera la opinión contraria, tendría que ser penado por una tentativa de delito impropio de omi-  
451

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

sión. En realidad, este caso tiene que ser juzgado como un delito putativo impune.»

No obstante, la deducción a la inversa no es un instrumento idóneo para la delimitación entre tentativa y delito putativo. Sólo es correcta en el sentido trivial de que la tentativa inidónea exige un dolo dirigido a la realización de las circunstancias de los hechos, el cual no existe en el error de prohibición, mientras que el error de tipo deja subsistente el dolo de tipo, el cual falta en el delito putativo. Pero de esto no resulta que el error de tipo al revés (es decir, la suposición errónea de la circunstancia cuyo desconocimiento excluye el dolo) fundamentalmente necesariamente la punibilidad o aunque sea una tentativa<sup>2151</sup>.

Esto ya rige incluso para el caso aparentemente claro del error sobre los hechos en los elementos del tipo. Si este error excluye el dolo según el art. 16, de ello no se deduce de ninguna manera, según leyes lógicas, que el error al revés, es decir, la suposición errónea de la presencia de circunstancias de un tipo, tenga que llevar necesariamente a la tentativa.



Esto es, quien dispara a un espantapájaros con la intención de matar a una persona comete una tentativa mediante este error de tipo al revés solamente cuando el legislador ha penado tal conducta como una tentativa inidónea -¡y esto no se sobreentiende de ninguna manera! Ni siquiera puede uno decir que la lógica obligaría en tal caso a admitir una tentativa, y que al legislador sólo le correspondería penarlo o dejarlo impune. Y es que cuando se contempla el fundamento penal de la tentativa en la peligrosidad de la conducta del autor, una conducta inidónea para causar el resultado típico, desde el principio, no es ninguna tentativa en sentido jurídico debido a la falta

<sup>fiii)</sup> Hay una amplia literatura sobre los aspectos lógicos, aspectos de teoría del Derecho y aspectos jurídicos de la conclusión en sentido inverso; aquí se mencionan sólo las posiciones más recientes e importantes: SITMIKL, 2S/IV69 (1957), p. 441; el mismo autor, *N/W*1965, p. 188; BAI M, \\, A/H'1962, p. 16; SAX, *JZ*1967, p. 261; F, S<:ISCH, L.-H. a Heinitz, 1972, p. 185; Hi-K7.HKRc, JuS 1980, p. 478 y ss.; BtKKHARiir, *JZ* 1981, p. 684; PLPPE, L.-H, a Lackner, p. 199; SCHCNT.MANN, *GA* 1986, p. 313, nota 96. Con más detalle y ref. bibliográficas, HEIDINCSFSLUEK (como en la nota 13), p. 95-112.  
452

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

de fundamento penal. Luego, lo que es una tentativa es decidido por puntos de vista teleológicos, no lógicos.

Con más razón, en el error de derecho al revés, la deducción a la inversa no puede contribuir con nada para delimitar entre tentativa y delito putativo. Así es p. ej. apropiado ver como error de tipo en el sentido del art. 370 AO [defraudación tributaria] la suposición de que no se debe ningún impuesto, basada en un desconocimiento del deber de pagar el impuesto, pues tal «autor» tampoco comprende como profano el «sentido social» del fraude fiscal cometido por él objetivamente. Pero de esto no se deriva todavía que tenga que darse un fraude fiscal tentado y punible cuando alguien supone, debido a reflexión jurídica errónea, que habría una inexistente pretensión fiscal y omitiese su declaración<sup>(afii)</sup>. Pues cuando el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo, la suposición de su existencia sólo es una condición necesaria, pero no también una condición suficiente sin más para la afirmación del dolo. Más bien hay argumentos

teleológicos que hablan a favor de exigir para un dolo fundamentado de la tentativa, junto con la suposición de un deber tributario, también la representación errónea de los hechos, cuya existencia fundamentaría realmente una culpabilidad fiscal. Pues, si la confusión de las leyes tributarias libera al ciudadano que actúa desconociendo un deber fiscal, no tiene sentido que la suposición errónea de deberes fiscales, basada en la misma confusión, sea vista como inculpada. Tales errores también son posibles con mucha facilidad, debido a la confusión de la legislación tributaria, e incluso son más disculpables que el desconocimiento de una pretensión verdaderamente existente. ¡Si estos últimos llevan a la impunidad, con más razón debe liberar una valoración errónea de la situación jurídica que hace suponer equivocadamente pretensiones fiscales que no existen en lo absoluto!\*

<-?> Comp. Roxix, «Strafrecht, AT», 2ª ed., 1994, cap. 12, n. marg. 91.

M Pero en este sentido, pese a que ambos declaran que el resultado es insatisfactorio, Rvuoii'm en 'S'A'(0- ed.), art. 22, n. marg. 32<sup>s</sup>, 32b; SAMSO.V, «Irrtumspoble me irn Sieierstrafrecht», en: Kohlmann (edit.), «Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht», 1983, p. 112.

↳) Sobre el estado actual de la discusión comp., c. más ref., REIb, *Wistm* 1986, p. 193.

453

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

El desacierto teleológico de la deducción a la inversa, para la cual basta, en la tentativa, el puro error jurídico o la inculpanza sin considerar los demás conocimientos exigibles para el dolo, se vuelve especialmente claro también gracias a la sentencia ya mencionada de [la Sala Grande sobre el error acerca de un deber de garante en los delitos impropios de omisión {BGH, colección penal, 16,155). La Sala opina que cuando se contempla al deber de evitar el resultado -tal como lo había hecho la andguajurisprudencia-, de manera que su desconocimiento actuaría excluyendo el dolo, se tendría que admitir una tentativa {en lugar de un delito putativo, como sería lo correcto) en caso de que, basado en reflexiones jurídicas erróneas, se suponga un deber de evitar el resultado que en realidad no existe. ¡Pero eso no puede ser posible; Aun cuando el desconocimiento de un deber de evitar el resultado se viera como un error de tipo, la construcción del error autoinculpanza de Derecho sobre tipos de

omisión no existentes no podría fundamentar ninguna tentativa debido ya al principio nullum crimen sine lege. También en este caso la deducción a la inversa no diría otra cosa más que debe admitirse un deber de evitar el resultado, a fin de afirmar la tentativa; de ello no resulta que se precise del autor que éste suponga otros hechos más ni cuáles podrían ser estos.

**e) La acertada solución, .1 diferenciadora**

Se debe preferir una solución que, en casos de error en el campo previo, se sitúe entre las soluciones opuestas de HERZBERG (supra, b) y BUKKHARDT (supra, c) y emprenda una diferenciación. Los elementos que remiten a normas en el campo previo, son pues de naturaleza distinta. Parcialmente se trata de «conceptos colectivos» -que se tendrán que explicar a continuación- de cortas denominaciones que resumen una multitud de pretensiones (art. 370 AO), tipos penales (art. 258) u oficinas competentes (art. 154). Detrás del concepto de reducción del impuesto se oculta el incumplimiento de numerosas pretensiones tributarias individuales y de diferente naturaleza, imposibles de enumerar todas en el art. 370 AO, pero que deben ser incluidas mentalmente en este concepto si se quiere abarcar completamente los posibles objetos de la acción de reducción. El concepto «hecho

454

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

antijurídico» del art. 258, primer párrafo, es una abreviatura para el total de tipos penales que, por motivos de técnica legal, no pueden ser incluidos todos en el precepto penal, pero que pertenecen allí objetivamente. Igualmente, el concepto de «oficina competente- del art. 154 es una denominación resumida de todos los establecimientos facultados para tomar juramento, los cuales se convierten así en parte esencial del tipo. Entonces, en el caso de los conceptos colectivos se ubica la reunión de circunstancias particulares en el ámbito de la norma penal. Esto significa que un error de derecho inculpante lleva al delito putativo porque aquél construye una punibilidad que no está cubierta por ningún tipo; por ello, en este campo debe aprobarse la teoría de BURKHARDT (suprac). Luego, cuando alguien se imagina pretensiones tributarias inexistentes, queriendo defraudar al fisco, el error queda fuera del ámbito de la norma del art. 370

AO, artículo que solamente compendia las pretensiones tributarias realmente existentes. Se trata, entonces, de una extensión exagerada del tipo, la cual sólo puede fundamentar un delito putativo. Cuando alguien frustra [la sanción de] una contravención [infracción administrativa] y juzga esto, conociendo los hechos, como «hecho antijurídico» en el sentido del art. 258, está extendiendo el concepto de delito de este tipo a conductas que no están incluidas dentro de éste y comete, igualmente un delito putativo. No es distinto el caso de la falsa suposición de una «competencia» basada en un desconocimiento jurídico: quien declara falsamente bajo juramento ante un Fiscal, creyendo erróneamente que los Fiscales estarían facultados para tomar juramento, su intención de comisión delictiva se dirige a una «oficina» no incluida como «competente» en la denominación resumida del art. 154, de manera que aquí otra vez entra a tallar un delito putativo extendiendo exageradamente el tipo. Pero algunos elementos que remiten a normas del campo previo son de otra naturaleza. Así, el concepto de ajenidad remite solamente a la propiedad o a la copropiedad de otro. Luego, quien entiende correctamente el concepto de propiedad ajena, tiene eventualmente el dolo de lesionar la propiedad. Los extensos complejos de normas que regulan el surgimiento de la propiedad no forman parte del tipo

455

La delimitación entre tentativa in idónea y delito putativo

de los correspondientes delitos contra la propiedad, de manera que su desconocimiento, después de haberse comprendido cabalmente el concepto de propiedad, eventualmente no cambia nada el hecho de que se da una tentativa. Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa que se encuentra en propiedad de otro y comprende correctamente el concepto de propiedad, en el sentido del art. 903 del C. C-, tiene un dolo de apropiación ilícita, aun cuando se equivoque en cuanto a las reglas sobre la transferencia de la propiedad.

FELDER<sup>\*301</sup> ha expresado esto de una manera drástica: «Así como el dolo depende poco del conocimiento de la técnica de fabricación de cerveza en relación con los efectos embriagadores de una cerveza con contenido alcohólico, así también, las representaciones erradas sobre los términos jurídicos que regulan el proceso de apropiación excluyen el dolo en relación con el elemento típico 'ajeno'. Sólo la representación del autor de no ser único propietario del objeto del

hecho constituye el objeto necesario del dolo. Para el dolo es irrelevante *cómo* la víctima del hecho ha alcanzado la propiedad del objeto del hecho, sea según un precepto del Código Civil o p. ej. según las reglas de un ordenamiento jurídico extranjero». En nuestro ejemplo inicial {supra, a, aa), referido a alguien que bajo un error de Derecho se apropia de una cosa creyendo que sería ajena, existe, entonces, una tentativa de apropiación ilícita. En tal medida, debe aprobarse la teoría del campo previo *de*. Hhií/BKw: (supra, b).

De igual modo, el concepto de daño patrimonial no es un concepto colectivo. Este concepto no designa más que la disminución de los bienes dinerarios de una persona que resultan de hacer un saldo. Tal concepto de daño patrimonial también consiste en la reducción de una pretensión.

Entonces, quien quiere timar a alguien en cuanto a una pretensión, tiene un dolo de dañar el patrimonio. No tienen nada que hacer las reglas bajo las cuales ha surgido la pretensión, cuya

"> HEUJIXÜSFELDER (ver nota 13), p. 162.

456

#### La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

detentación fundamenta un daño. Luego, en el ejemplo inicial, en el cual el autor quería estafar a un Notario en cuanto a sus honorarios (supra, a, bb) no cambia en nada la existencia de una tentativa de estafa el hecho de que la supuesta pretensión no había surgido según el correspondiente reglamento de honorarios.

En consecuencia, lo que importa es que una remisión a normas del campo previo tenga el carácter de resumir muchos casos particulares o que simplemente se tomen como referencia conceptos como «propiedad» o «daño patrimonial», cuya comprensión no presupone el conocimiento de cómo han surgido la propiedad o la pretensión a través de las cuales se quiere perjudicar a la víctima. En el primer caso, las normas del campo previo forman parte del tipo, de modo que su extensión exagerada fundamenta un delito putativo. En el segundo caso, las

condiciones jurídicas de la aparición de la propiedad o de la pretensión están situadas fuera del tipo, de tal manera que su desconocimiento no impide una tentativa cuando el autor sólo ha definido los objetos inmediatos de la remisión (propiedad, daño mediante la reducción de las pretensiones fiscales) a la manera de una valoración paralela en la esfera del profano.

Las soluciones diferenciadas en caso de errores en el campo previo, tal como aquí se recomiendan, también están imponiéndose en la literatura<sup>131</sup>. Así, HFJDINGSPELDER<sup>13\*1</sup>, a quien sigue la solución aquí propuesta en muchos aspectos, llega a los mismos resultados diferenciando las normas en aquellas que circunscriben, completan y delimitan elementos [del tipo], y normas neutras al ámbito normativo. Sólo en el último caso admite que los errores jurídicos autoinculpantes fundamenten la tentativa. SCMÜNEMANN<sup>1\*\*1</sup> alcanza soluciones similares a las aquí propuestas sobre la base de la teoría de la impresión [o

<<sup>31</sup>> Comp. LACKNER, «StGB-», 21<sup>a</sup> ed., 1995, art. 22, n. marg. 15. <sup>13-></sup> HKDIXUSFKLDR (ver nota 13), p. 152 y ss. <sup><33></sup> SCHÜEMAXX, GA 1986, p. 312 y ss.

457

conmoción]. VfxiLLK<sup>1341</sup>, acHU/CHTER.<sup>1-1111</sup> y KfHUx<sup>1361</sup> establecen diferencias de una manera distinta, aunque todavía comparable.

#### f) Acerca de la jurisprudencia en el ámbito de los errores en el campo previo

La jurisprudencia no es unitaria, lo cual también resulta evidente en la carencia de una solución generalmente reconocida. En caso de suposición errónea de un deber tributario, las sentencias RGSt 64, 229 (238); 65,165 (172) habían afirmado un delito putativo, mientras que según la RGSt 68, 44 {53 y s.) habría una tentativa inidónea. También la sentencia del Tribunal Superior de Berlín (*Wistra* 1982, 196) pretende admitir una tentativa inidónea, apoyándose expresamente en la doctrina desarrollada por BLEI y HERZBERG (supra, b), de que todos los errores jurídicos inculpantes en el campo previo actúan fundamentando la tentativa. Por el contrario, según la concepción aquí defendida, debe afirmarse un delito putativo (comp. supra, e)<sup>i:17)</sup>.

La suposición errónea de la competencia fue vista por el RG como fundamentadora de la tentativa (RG, colección penal, 60, 25: «falso juramento» ante un Fiscal; RG, colección penal, 65, 206: «falso juramento» ante una practicante no competente). El TEA sigue esta línea<sup>(35)</sup>.

Por el contrario, la suposición de una competencia, basada en

<sup>w</sup> VOGELKR en *LK* (10ª ed.), art. 22, n. marg. 143-149.

<sup>1351</sup> SCHLÜCHTKU, «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale», 1983, p. 145 y ss.

<sup>(36)</sup> KLHLEN, «Die Unterscheidung zwischen vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum», 1987, p. 558.

<sup>(37)</sup> A favor de la tentativa: MAIWALD (ver nota 23), p. SOyss.; RIGOLDHIER *SK* (6ª ed.), art. 22, o. marg. 32a, 32b; SAMSON (ver nota 28), p. 112; ESKREN Schönke/Schröder, «StGB», 24 ed., 1991, art. 22, n. marg. 90. A favor de un delito putativo: BIRKHAKDT, *Wistra* 1982, p. 178 y ss.; HIKELIN (WFI/UKR) (ver nota 13), p. 157; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., 1991, cap. 25, n. marg. 39 y ss.; LACKNER, «StGB», 21ª ed., 1995, art. 22, n. marg. 15; REIB, *Wistra* 198G, p. 198ys. <sup>M</sup> BGHSt 3, 348; 5. 111 (113 y s.; 117); 10, 272 (275 y s.); 12, 56 (58).

458

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

un desconocimiento del Derecho, lleva a un delito putativo según el parecer aquí representado (comp. supra e). Una tentativa sólo entra aquí en consideración en caso de errores en los hechos: quien declara falsamente bajo juramento ante un Fiscal o Notario, pero tomándolos por el juez investigador, comete una tentativa inidónea de falso juramento, la cual es punible<sup>1391</sup>.

Según la BGHSt 15, 210, la suposición errónea sobre la punibilidad de una acción, cuya represión frustra el autor, también debería fundamentar una tentativa según el art. 258, cuando sólo se basa en falsas consideraciones jurídicas. En contra de esto, el BayOLG (en/Z 1981, p. 715 y s.) ha admitido un delito putativo en un caso en el cual alguien había mentado a la Policía sobre su conocido, el cual estaba involucrado en un accidente de tráfico, a fin de evitarle una multa penal. En realidad, el hecho previo conocido por el autor en sus detalles exteriores sólo era una contravención;

ésta sólo es sancionada con una multa administrativa, cuya frustración es impune. La opinión del BayOLG, según la cual la falsa calificación jurídica de una contravención como hecho punible no puede fundamentar una tentativa según el art. 258, se corresponde con la opinión aquí defendida (comp. supra, e). Una tentativa recién se daría cuando el autor hubiera supuesto erróneamente hechos que constituirían un hecho previo punible<sup>1401</sup>.

<sup>(39)</sup> Igual que aquí, BIRKHAKDT/Z 1981, p. 681 y ss.; el mismo autor, *Wistra* 1982, p. 178 y ss.; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., 1991, cap. 25, n. marg. 38 y ss.; KLHLEN, *JuS* 1981, p. 193; el mismo autor, «Strafrecht, AT», 1994, cap. 15, n. marg. 100; Orro, «Strafrecht, AT», 4ª ed., 1992, cap. 18 IV, 4.c. Por el contrario, a favor de la tentativa, HKR/BERI, *JuS* 1980, p. 469; NIERVVETBURG, *Jura* 1985, p. 238; RILIOLO-HI en Sí: (6ª ed.), art. 22, n. marg. 32ª, 32b; SCHLÜCHTKU, *JuS* 1985, p. 528; en todos los casos se dan más referencias bibliográficas.

<sup>(40)</sup> A favor de un delito putativo también, BIRKHAKDT, *JZ* 1981, p. 686, nota 59; HIKELIN (WFI/UKR) (ver nota 13), p. 157; LACKNER, «StGB», 21ª ed., 1995, art. 22, n. marg. 15; WKHL-K., *MDR* 1961, p. 426 y s. Por el contrario, a favor de la tentativa, BIEBER, «Strafrecht, AT», 1983, cap. 65, II, 1; el mismo autor, *JA* 1973, p. 603; DUKHKR/TROSDLK, «StGB», 47ª ed., 1995, art. 258a, n. marg. 6; MALRACH, A/W 1962, p. 720; PL-PI-E, L.-H. a Lackner, 1987, p. 228; RLDOLPHI en *SK* (6ª ed.), art. 22, n. marg. 32a;

JR 1981, p. 299.

459

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo

El caso de la suposición, bajo error jurídico, de que una cosa vendida dos veces sería ajena (supra a, aa) ha sido decidida por el OLG de Stuttgart en una constelación similar (pero sobre la base de la deducción a la inversa), en el sentido de una tentativa de apropiación ilícita. Por sus resultados, esto se corresponde con la opinión aquí defendida (comp. supra, e) y con el parecer predominante por lo demás en la literatura<sup>141</sup>. Una sentencia del BayOLG (*NJW* 1955, p. 1567ys.) se cimenta sobre la constelación de la suposición errónea de un daño patrimonial bajo un error jurídico. El Tribunal ha admitido una tentativa inidónea punible coincidiendo con la concepción aquí defendida (comp. supra, e)<sup>142</sup>.

<sup>(41)</sup> Igual que aquí, BAUMANX, A/W 1962, p. 16 y ss.; HEIDIGSFELDER (ver nota 13), p. 162; HKK/BEK.c., *JuS* 1980, p. 472 y S.J. JESCHKEB/WEIGEND, «Lehrbuch», 5ª ed., 1996, cap. 50, II, 2; MALKACH, A/VV 1962, p. 720; SCHLICHTER (ver nota 35), p. 161 y s.; la misma autora, *JuS*, 1985, p. 528; ZAGIYK, «Das Unrechtl der versuchten Tat», 1989, p. 265. Por el contrario, a

favor del delito putativo, BURKHAARDT, *Z* 1981, p. 685; JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., 1991, cap. 25, n. marg, 42.

<sup>1421</sup> De acuerdo, FIEDIXGSFELDER (ver nota 13), p. 161.

460

## Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión<sup>1\*</sup>

Prof. Claus Roxin

(.1 Ponencia presentada en las «Jornadas de Derecho penal» de la Universidad Pompeu Fabra del 28 al 29 de mayo de 1998 en Barcelona,

presta una contribución necesaria al hecho durante la ejecución (con lo cual se alude al llamado cómplice principal [primario] del antiguo Derecho español). Esto parece ir más allá del Derecho alemán, pero se corresponde en realidad plenamente con él si se piensa que también en el Derecho alemán el inductor es penado «de igual manera que el autor» (art. 26 StGB) y que aquél que presta una contribución necesaria, según una opinión muy difundida en la doctrina alemana, por lo general tiene el así llamado dominio funcional del hecho y por tanto es considerado coautor. En lo que sigue no voy a interpretar el Derecho español, sino hablaré, según el encargo encomendado a mi persona, exclusivamente sobre el desarrollo de la jurisprudencia y la literatura en el ámbito de la autoría y la participación en Alemania. Pero la similitud de am-  
<\*> En español en el original. A continuación sigue, en una oración, la traducción planteada por el autor, la cual es aquí omitida por resultar redundante.

463

## I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código penal español distingue tres formas de autoría de manera muy similar al Derecho alemán (art. 28 C. P. y correspondientemente art. 25 StGB): «Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento»<sup>(\*\*)</sup>. Con ello se designan la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata usando palabras muy parecidas a las del Derecho alemán. En el párrafo siguiente se determina que también otros dos intervinientes son considerados como autores: el inductor y aquél que

Actualmente puede prácticamente tenerse por válido, también para la jurisprudencia alemana, que quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos es autor aun cuando ha cometido el hecho por encargo y en interés de otro. La jurisprudencia del Tribunal del Reich, e incluso al principio la de la Corte Suprema Federal [en adelante: BGH], había admitido muchas veces en tales casos solamente una complicidad debido a la supuesta ausencia de «voluntad de autor». Así, en 1952, en el sonado caso Staschynski, se había condenado solamente por complicidad en un asesinato a un agente ruso quien, actuando por encargo del servicio secreto soviético, había matado a balazos a dos exiliados políticos en Munich (BGHSt 18, 87); y también criminales nazis, que habían quitado la vida con sus propias manos a otras personas, fueron sancionados penalmente mayormente sólo por complicidad cuando habían actuado en interés del gobierno de entonces.

Después de entrar en vigor la nueva parte general (1975) tales decisiones, según una concepción correcta pero polémica, quedan excluidas ya por el tenor mismo de la ley. Yes que según el art. 25, primer párrafo del StGB es autor quien «comete por sí mismo» el hecho; difícilmente se puede afirmar que quien real/a todo el tipo en su propia persona no habría cometido el hecho por sí mismo. Sin embargo el BGH hasta ahora no se ha pronunciado incondicionalmente por la autoría para todos aquellos que reúnen por sí mismos los elementos típicos, sino afirma: "El IGH no ha defendido hasta ahora de esa manera esta concepción estricta», y pretende dejar abierta su deci-

464

**Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión**

sión para «casos extremos de excepción» (BGH, *NSiZ* 1997, p. 224 y s.) • Empero, dichos casos todavía no han aparecido y probablemente tampoco aparecerán. Incluso los así llamados [soldados] tiradores del muro [de Berlín], quienes habían abatido a disparos a los fugitivos de la ex-Alemania Democrática, son tratados por la jurisprudencia alemana como autores, pese a que actuaban por encargo y en interés de su gobierno (BGHSt 39, 31 y s.).

## 2. La autoría mediata

En el campo de la autoría mediata, el más importante desarrollo de los últimos años consiste en que el BGH fundamenta sus sentencias exclusivamente en la doctrina del dominio del hecho. Para ello se ha

Las formas de

• participación en el delito: C; uslain jeliül lie la eliseusiii;

bas codificaciones hace posible que acto seguido podamos discutir sobre nuestros Derechos comunes.

Empezaré con la jurisprudencia para luego volcarme sobre las discusiones en la literatura. El que ello sólo pueda ocurrir en ambos casos brevemente y con ejemplos se debe a la brevedad del tiempo otorgado para la exposición.

## II. LA JURISPRUDENCIA

### 1. La autoría inmediata

aunado a la concepción de la literatura (discutida aun entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, pero defendida p. ej. por mí) que permite la autoría mediata del hombre de atrás cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado, pese a que, en estos casos, también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor. La jurisprudencia reconoce, entonces, el caso del «autor detrás del autor» como el de una posible autoría mediata. Quiero presentar ahora los dos *leading cases*:

**a) El caso del rey de los gatos (BGHSt 35, 347)<sup>1)</sup>**

En este caso especialmente raro de error de prohibición, dos personas actuando en segundo plano, habían sugerido a un hombre que sería necesario y permitido matar a una determinada mujer para salvar a la humanidad de su amenazante desaparición. En realidad, aquellos querían matar a la mujer motivados por el odio y los celos. El sujeto requerido había luego emprendido un intento de matar a la mujer creyendo verdaderamente que su acción estaba justificada, y fue condenado por el BGH como autor de un homicidio tentado en

<sup>1)</sup> Al respecto, SCHAFFSTON, *NSiZ* 1989, p. 155-158; Ki;TKK./Z 1989, p. 617-628; p. 935-949; HKK/BERG, *Jura* 1990, p. 16-26; SCHVMANN. *NSiZ* 1990, p. 32.

ijornias (k pilfCiejpadóli en e) delito: el Citado actual He Ja disciijion

error de prohibición evitable. Pese a ello», las dos personas de segundo plano también fueron condenadas como autoras, específicamente como autoras mediatas de una tentativa de homicidio.

El BGH no quiere admitir la autoría mediata en todos los casos de aprovechamiento de un error de prohibición, sino hacer depender la delimitación «en el caso concreto, de la forma y la trascendencia del error y de la intensidad del influjo del hombre de atrás». Pero sería autor mediato en todo caso aquél «que gracias al error conscientemente provocado por él mismo pone voluntariamente en marcha y dirige los acontecimientos, de manera que la víctima del error, bajo una contemplación valorativa, puede ser vista como un instrumento-si bien actúa (todavía) de manera culpable» (BGHSt 35, p. 354). Luego, se acepta la autoría mediata en los casos más importantes de lejos en la práctica, referidos a la manipulación del ejecutante mediante la provocación consciente de un error de prohibición.

**b) El caso del «Consejo Nacional de Defensa» (BGHSt 40, 218)<sup>TM</sup>** Aquí se trataba del caso de soldados fronterizos de la RDA que ahaderon a disparos o



causaron la muerte con minas colocadas por ellos a personas que querían escapar hacia la República Federal alemana. El BGH contempló a los soldados fronterizos como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, p. 31 ys.; 40, p. 232), pero pese a todo condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA como autores mediatos, por considerarlos responsables de las órdenes de matar.

En su fundación el BGH se ha apoyado, por un lado, en la figura jurídica creada por mí en 1963<sup>11)</sup> (con motivo del caso Eichmann) de la «autoría mediata debido a aparatos organizados de poder». Ella basa el dominio del hecho del autor de escritorio, dentro

de un régimen criminal, en la intercambiabilidad arbitraria de los receptores de la orden, la cual lleva a la ejecución automática de las disposiciones, pues el hombre de atrás no depende, como sí lo hace el inductor, de un determinado autor. Así también dice el BGH que, «pese a un intermediario del hecho, que es responsable sin restricciones, la contribución del hombre de atrás lleva casi automáticamente a la ... pretendida realización del tipo» (BGHSt 40, p. 236). Adicionalmente, el BGH recurre en su fundamentación a la idea desarrollada por Fr.-Chr. SCHOEDER en su libro «Der Täter hinter dem Täter» [«El autor detrás del autor»] (1965), según la cual el hombre de atrás puede adquirir el dominio del hecho ya a través de «la disposición incondicional del actuante inmediato para realizar el tipo» (ibídem, p. 236).

466

Las formas de participación en el delito: el estado actual (le la discusión

de un régimen criminal, en la intercambiabilidad arbitraria de los receptores de la orden, la cual lleva a la ejecución automática de las disposiciones, pues el hombre de atrás no depende, como sí lo hace el inductor, de un determinado autor. Así también dice el BGH que, «pese a un intermediario del hecho, que es responsable sin restricciones, la contribución del hombre de atrás lleva casi automáticamente a la ... pretendida realización del tipo» (BGHSt 40, p. 236). Adicionalmente, el BGH recurre en su fundamentación a la idea desarrollada por Fr.-Chr. SCHOEDER en su libro «Der Täter hinter dem Täter» [«El autor detrás del autor»] (1965), según la cual el hombre de atrás puede adquirir el dominio del hecho ya a través de «la disposición incondicional del actuante inmediato para realizar el tipo» (ibídem, p. 236).

### 3. La coautoría

En la delimitación entre coautoría y complicidad el BGH sigue mucho menos la doctrina del dominio del hecho que en la autoría mediata. La jurisprudencia trabaja aquí con una teoría que yo denomino «teoría normativa de la combinación». Según ella, para diferenciar entre autoría y participación se precisa una contemplación valorativa determinada por cuatro puntos de apoyo: el grado del interés en el resultado, la extensión de la participación en el hecho, el dominio del hecho o por lo menos la voluntad de dominio del hecho<sup>141</sup>. Esto suena a un peso mayor del dominio del hecho o de los criterios similares a él. Pero la práctica muestra que la jurisprudencia reciente contempla frecuentemente como coautores a participantes del hecho, sin ningún dominio del hecho, solamente debido al propio interés que ellos tienen en el hecho.

Esto lleva a que incluso las contribuciones preparatorias de bagatela frecuentemente lleven a condenar por coautoría. Un caso especialmente burdo es proporcionado por el BGHSt 37, 289: dos delincuentes buscados por la Policía se habían puesto de acuerdo para,

<sup>11)</sup> Las sentencias pertinentes pueden encontrarse citadas en ROXIN, Leipziger Kommentar, I, ed., 1993, arl. 25, n. m. 26, 28.

467

Li

discusión de la participación en el delito: el estado actual (le la discusión

llegado el caso, abrirse paso a balazos durante la fuga. Cuando fueron rodeados por policías, A abatió a dos de ellos e intentó matar a otros dos mientras que B arrojó la pistola y alzó las manos. Pese a ello, B fue condenado en los cuatro casos como coautor solamente debido a su participación en el acuerdo previo y al apoyo psíquico que brindaba con ello. La sentencia ha sido rechazada unánimemente en la literatura<sup>31)</sup>, pero muestra que es prematuro que se diga a veces<sup>16)</sup> que la discusión teórica entre la jurisprudencia y la ciencia habría sido aclarada en el sentido de la teoría del dominio del hecho. Esto no es cierto hasta ahora por lo menos en cuanto a la delimitación entre coautoría y complicidad.

### 4. La inducción

Aquí la cuestión más importante es aquella tratada por la jurisprudencia más reciente; ¿cuán exactamente tiene el incitador que haber trazado previamente el hecho para que se pueda hablar de una instigación? ¿Es

suficiente que A haya incitado a B a un hurto o tiene que decirle qué, cuándo y dónde debe hurtar, a fin de que se presente una inducción? En la sentencia BGHSt 35,63 se exige que el incitador tenga que haberse representado las circunstancias particulares e individualizadoras (el objeto concreto, el lugar, el tiempo u otras circunstancias reales). Pero no se dice cuáles deberían ser estas. En el fallo dice: «Cuáles de los elementos idóneos para la individualización del hecho son respectivamente necesarios, no se desprende de una determinación abstracta-general y solamente puede ser decidido según las circunstancias del caso individual» (BGHSt 35, 63),

No considero que esto sea correcto, sino opino<sup>171</sup> que debe ser suficiente que el inductor trace previamente [vorzeichnet] la dimensión del injusto, es decir, la forma del ataque y la magnitud aproxima-

<sup><S></sup> Roxin, *JA* 1991, p. 206; HLRZBERT, *JZ* 1991, p. 856; PLTPE, ASfZJ991, p. 571; ERLiJuS 1992, p. 197.

<sup><h></sup> Así en Küri'EK, *GA* 1986, p. 437 y ss. (p. 449).

<sup>(H)</sup> Más al respecto, *JZ* 1986, p. 908; Leipziger Kommentar, igual que en nota **n.m.57ff.**

-> i4a al resp. iari.26, n.m.57ff.

468

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión

del daño. Luego, yo admitiría una inducción a un robo cuando alguien incita exitosamente a otro a procurarse, mediante el asalto a un banco, los 10,000 marcos alemanes que necesita. Cuál banco deba ser asaltado o cuándo deba suceder esto, según mi concepción, no tiene por qué ser sabido por el inductor. No obstante, estas cuestiones todavía son objeto de una discusión aún abierta.

## 5. La complicidad

También en este campo, la certeza del dolo del cómplice es objeto de muchas nuevas sentencias. En la BGHSt 42,136<sup>(H)</sup>, el último caso de este tipo, un perito, bajo acuerdo tácito del autor, había preparado un informe sobre una colección de piedras preciosas y le había atestificado diez veces más el valor de estas. Este suponía correctamente que el autor quena utilizar el informe para una estafa, pero no sabía más detalles. Aquí, el BGH ha admitido una complicidad en una estafa con dolus eventualis y, a

diferencia de la inducción, siguiendo mi parecer allí defendido, ha hecho que sea suficiente que el cómplice haya avigorado la dimensión del injusto, es decir, el daño aproximado que aquí se podía causar con ayuda del informe. Esto es ciertamente correcto por sus resultados, pero yo opino que para una complicidad, a diferencia de una inducción, debe bastar que el cómplice apenas conozca el tipo que el autor quiere realizar. Entonces, si A pone a disposición de B el duplicado de una llave para un hurto, yo vería en esto una complicidad aun cuando A no sabe nada acerca de la forma del hurto y sobre el daño. Pero también ésta es una cuestión en la que existe aún una considerable falta de claridad en la discusión alemana.

## III. LA CIENCIA

### 1. Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación

a) La delimitación entre la autoría y la participación es emprendida por la opinión plenamente dominante en la literatura alemana

<sup>(H)</sup> Con anotaciones de ROXIN en *JZ* 1997, p. 210.

469

La literatura actual de la discusión

en el título: el estado actual de la discusión tanto antes como ahora, mayoritariamente mediante la teoría del dominio del hecho. Pero en la discusión existe agitación. Mi libro sobre la «Autoría y dominio del hecho» (1963), cuya sexta edición apareció en 1994 y será publicada este año<sup>w</sup> en idioma español, mientras ya estoy ocupado trabajando la séptima edición, ha llevado a que durante 20 años no aparezca en Alemania ninguna otra monografía sobre la autoría y la participación -aparte de una breve exposición didáctica de HKRZBERG en 1977. Pero desde entonces hay nueve libros nuevos que, más allá de cuestiones especiales, se esfuerzan por repensar otra vez los problemas fundamentales de la delimitación entre la autoría y la participación. Los nombraré en orden histórico:

M.-K. MEYER, «Der Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Eiriwilligung», 1984.

BLOY, «Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht..», 1985.

SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen», 1981.  
STEIN, «Die strafrechtliche Beteiligungsfonnenlehre», 1988.  
DÍAZ y GARCÍA, "La autoría en Derecho Penal», 1991 (un libro español que, sin embargo, forma parte de la discusión alemana).  
BOTTKE, "Täterschaft und Gestaltungs herrschaft», 1992.  
MÜRMAN, ..Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre», 1993.  
SCHILD, «Täterschaft als Täterschaft», 1994.  
REZIKOWSKI, «Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung», 1997.

b) Los autores de estos libros son todos catedráticos o están encaminados a serlo. No se trata, entonces de disertaciones superficiales,

\* N. d, T.: el libro fue publicado a finales de 1998 por la editorial Civitas en España.

470

la teoría del dominio del hecho», para lo que recurre a la prohibición de regreso y la idea de autonomía, es decir a puntos de vista conocidos a través de la historia de la dogmática. También aquellos autores que colocan, como MAYER, a la «autonomía» o, como SCHUMANN, al «principio de la propia responsabilidad» en el centro de la delimitación, se ubican, objetivamente, muy cerca de la teoría del dominio del hecho porque son precisamente la autonomía o la propia responsabilidad de un ejecutante las que por regla general excluyen el dominio del hecho de otro participante.

c) La discusión se mueve, entonces, a grandes rasgos en un marco dado previamente por la teoría del dominio del hecho y llena los espacios interpretativos que deja este marco. Son sobre todo dos las divergencias de las que se alimenta una discusión de pareceres de carácter fundamental. En primer lugar, se enfrentan los representantes de un concepto del dominio del hecho orientado normativamente a aquellos autores que se basan más en las relaciones reales de dominio. Así dice por ejemplo [AKOBS\*-'\* que el «dominio del hecho», también reconocido por él en su importancia, es «determinado en la literatura ... en total, de manera muy naturalística (dominio como factum) y poco normativa (dominio como causa para la competencia [Grund für Zuständigkeit]»], mientras que, a su vez, replica recientemente

<sup><bi></sup>AKOBS, «Strafrecht. AT», 2\* ed., 1991, cap. 21, n. m. 33,

471

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión

sino de trabajos que uno tiene que haber leído si quiere conocer el estado de la discusión. Pero el tiempo no me permite reproducir su contenido siquiera tangencialmente. En resumen se puede decir que todos ellos -a excepción de STEIN- permanecen en la ruta trazada por la teoría del dominio del hecho y con ello, si bien ofrecen en particular muchas cosas emocionantes, en su totalidad no ofrecen nada esencialmente nuevo. BLOY y BOTTKE desarrollan -por cierto, para mi felicidad- una teoría del dominio del hecho similar a la que defiende, sólo que con un enfoque algo diferente. MÜRMAN invoca su teoría personal del dominio del hecho. SCHILD emprende una discusión sobre mi libro, sin someter a la teoría del dominio del hecho -como él mismo dice {p. 47}- a un interrogatorio crítico. Y también REZIKOWSKI, en el trabajo más reciente sobre nuestro tema, intenta solamente una -como él llama (p. 34, 77)- «reformulación de

REZIKOWSKI (p. 80), como defensor de la posición contraria: «Una dogmática penal normativa, sin relación con hechos, se queda en el aire». Asimismo existe una confrontación entre un grupo de opinión que rechaza ampliamente al autor detrás del autor, basándose en la idea de autonomía, pues detrás de un autor responsable por sí mismo no podría tener ningún otro el dominio del hecho, mientras que otra doctrina, p. ej. representada por mí y que la jurisprudencia defiende a partir de ahora, reconoce distintas formas de aparición del dominio del hecho y la posibilidad de que se presenten al mismo tiempo de manera escalonada.

d) Una concepción fundamentalmente distinta es escogida por STEIN en su «teoría de las formas de participación». El distingue entre autores, inductores y cómplices, no según su dominio o no-dominio del hecho que lleva al resultado, sino según «normas de conducta» diferenciadas contra

las cuales ellos atontan. Estas normas de conducta tendrían una «urgencia» diferenciada y serían, en principio, menos urgentes para el partícipe que para el autor, dado que el deber impuesto al autor de evitar lesiones a bien es jurídicos erigiría un «muro protector» para el bien jurídico (sobre esto y lo que sigue, p. 241-243). Por cierto que la norma de conducta del inductor, tal como mos-raría la punición igual a la del autor, estaría provista de la misma urgencia que la norma de conducta del autor. Pero esto radicaría en que I inductor afectaría la motivación del autor fiel al Derecho y con ello perforaría" el muro prolector erigido delante del bien jurídico.

Las consecuencias prácticas de esta concepción se acercarían mcho a las de la teoría del dominio del hecho. Ello porque el «muro e protección» que rodea al autor en el fondo no es otra cosa que su ;nninio sobre los hechos. Aparte de ello, el libro, por lo demás escrito >n erudición y perspicacia, solamente ha recibido rechazo""". Yo lamen opino que no se deben reducir las formas de participación a un c-ntado contra normas de conducta o a un desvalor de la acción por

<sup>(10)</sup> La crítica más completa es la de KIWKH, *ZStW* 105 (1993), p. 445 y ss. trtp. además LESCH, «Das Problem der sukzessiven Beihilfe», 1992. p. 224 yss.: 'XiKmvskí, op. cit., p. 246.

472

Las formai de participación en el tlelito: el estado atluai de la discusión

el simple motivo de que la auioría consiste en completar el upo y el resultado pertenece al tipo. Las diferencias de las conductas solamente pueden influir en la forma de participación dependiendo de cómo se reflejen en el cumplimiento del tipo, Yel principio del dominio del hecho hace másjusticia a esto que una "doctrina de la norma de conducta» en libre flotación y desprendida del resultado. También resulta poco plausible la idea de que deba ser la urgencia diferenciada de normas de conducta la que sustente la delimitación entre autoría y participación. Pues, independientemente de que para el caso de la autoría y la participación no pueda deducirse una urgencia diferenciada de las amenazas penales, las normas solamente pueden prohibir u ordenar algo y con ello no permiten un más o un menos. Su mandato rige sin más y no es accesible a una

división escalonada por urgencias. Lo único diferente es el merecimiento de pena de las correspondientes infracciones a la norma, y a través de ello (y no de las divergentes causas de la intensidad normativa) se explican las diferentes medidas de pena.

a) Permítaseme pasar revista todavía a los nuevos manuales de los últimos años. KÜHL y GROPP defienden con énfasis la teoría del dominio del hecho. KüHL<sup>(11)</sup> dice: «En Derecho penal del hecho, el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado para determinar la autoría». El asume también la figuras jurídicas desarrollada por mí de dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho. Este» también lo hace GROPP<sup>(12)</sup>, para quien incluso esta sistemática se debe al «atractivo de la teoría del dominio del hecho». Por el contrario, KÖHLER<sup>(13)</sup> no puede conciliar con estas «fórmulas descriptivas» -como el las llama- y recurre a la así llamada teoría de la totalidad [Ganzheitslehre] de SCHMIDHÄUSER<sup>(14)</sup>. Esta teoría toma como objeto

<sup>(14)</sup> KÜHL, «Strafrecht, AT», 2- ed., 1997, art. 20, n. m. 29, y para las formas de aiiioría, n. m. 27 y ss.

<sup>(12)</sup> GK.UPI>, «Strafrecht. AT., 1998, an. 10, n. m. 38.

<sup>(13)</sup> KÖHLER, «Strafrecht. AT», 1997, p. 497, y sobre la teoría de la totalidad, p. 499.

<sup>(11)</sup> SCHMIDHÄUSER, «Lehrbuch. AT», 2ª ed., 1975, cap. 10, n. m. 8 y ss., p. 163 y ss., 168.

473

Las í,

ins ilc participación cu el clidio: <

de una valoración ponderativa todos los momentos del hecho, pero, debido a la inseguridad de sus resultados, casi no ha encontrado adeptos. En la coautoría KÖHLER llega a resultados similares a los míos, pese a su crítica a la teoría funcional del hecho, cuando dice<sup>(15)</sup>: «Coautor es quien ejecuta el hecho conjuntamente con otro, bajo determinación recíproca mediante contribuciones equivalentes para cometer el hecho», mientras que -como único autor en la literatura alemana- otorga un mínimo espacio a la autoría mediata; en los casos de coacciones, del empleo de un incapaz o de quien actuaba bajo error de prohibición solamente admite una inducción<sup>(16)</sup>.

2. Cuestiones particulares

Finalmente quiero incidir en cuestiones particulares que han concitado una atención especial en la ciencia de los últimos años. El tiempo limitado no

me permite un tratamiento extenso de los problemas, pero por lo menos pueden ser fijados algunos puntos principales para la discusión.

#### a) *La autoría inmediata*

Es casi indiscutible la autoría de aquél que completa el tipo de mano propia, dolosa y responsablemente. Solamente SCHILD\*<sup>1</sup> ha desarrollado últimamente la idea de que un papel de servicio social del ejecutante podría hacer de él un cómplice. El mesero que sirve una comida envenenada por el cocinero, pese a reconocer la toxicidad, debería ser solamente un cómplice. Por el contrario, sería autor cuando sirve la comida a una persona distinta de la designada por el cocinero. Esto es poco comprensible<sup><sup>1H</sup>. Pues de una u otra manera está en manos del mesero el dar muerte a alguien y quién deba ser esta perso-</sup>

\*-> KOHLE, igual que en nota 13, p. 513. " Kiini.KR, igual que en nota 13, p. 509 y ss. "" SCHILD, op. cit., p. 45/46. " Correctamente Ric.s/ikowskí, op. dt., p. 23 y s.  
474

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la doctrina

na. La muerte de un comensal queda de todos modos fuera del papel social de un mesero.

#### b) *La autoría mediata*

Aquí la discusión atendida por la jurisprudencia más reciente gira preponderantemente en torno al problema del «autor detrás del autor». Así, el dominio de la organización, si bien se ha impuesto como caso de la autoría mediata en la jurisprudencia alemana, en la ciencia, aunque predominan sus partidarios, tiene sin embargo contrarios notables. Así, sólo para mencionar a dos de ellos aquí [en el Auditorio] presentes, JAKOBS<sup>(iii)</sup> únicamente quiere admitir en tales casos una coautoría mientras que KÖHLER<sup>(iii)</sup> aboga por la inducción. Sobre este tema voy a hablar con más detalle en Huelva, por lo que aquí voy a tener que resumir. Pero no veo verdaderas soluciones en las alternativas. No puede presentarse una

coautoría porque los que dan las órdenes y los que las ejecutan ni siquiera se conocen y sus acciones de ninguna manera se enlazan entre ellas; más bien la orden solamente tiene la función de dar marcha a la acción típica. Pero tampoco la inducción es la figura jurídica correcta porque el efecto excluyente de la resolución autónoma del autor, que impide la autoría para quien simplemente exhorta, no puede precisamente poner trabas en el camino hacia el resultado típico al autor de escritorio que actúa criminalmente en el marco de organizaciones. Claro que esto puede discutirse perfectamente.

#### c) *Coautoría*

La mayoría de los nuevos desarrollos y puntos discutibles se dan en el ámbito de la coautoría. Voy a mencionar de manera muy breve a cuatro:

<sup>1H</sup> JAKOBS, A'SÍZ 1995. p. 26.

(<sup>ii</sup>) Köin.iiR, igual que en nota 13, p. 510. También ha destacado como comprometido defensor de una solución de inducción HKR/BI;R<: en una "Jornada sobre Problemas de la Punibilidad en el marco de estructuras jerárquicas» realizada en septiembre de 1997 en Moritzburg; la conferencia todavía no ha sido publicada.

475

Primero: una nueva concepción de la coautoría que merece atención también en Alemania ha sido presentada por DÍAZ y GARCÍA'-". DÍAZ opone a la concepción del "dominio funcional del hecho» que yo he desarrollado, el hecho de que aquél que no ejecuta por sí mismo la acción típica, p. ej. cuando sujeta a la víctima para que otro la acuchille, solamente ejercería un "dominio negativo del hecho». Esa persona podría, a través de su no actuar (o sea de no sujetar a la víctima) llevar al fracaso al tipo, pero nunca realizarlo. Esto último solamente lo haría aquel que ejecuta la puñalada y ejercería con ello el "dominio positivo del hecho». Pretende limitar la coautoría al dominio positivo del hecho el cual se presentaría p. ej. cuando tres autores dan tres puñaladas a la víctima, causando conjuntamente su muerte. Además opina DÍAZ que del criterio del dominio funcional del hecho no podría deducirse la limitación deseable de la autoría a la etapa de

la ejecución, pues una contribución necesaria durante los actos preparatorios podría ser decisiva para que el plan tenga éxito. Se puede replicar a la última objeción que el que realiza un acto preparatorio, aun cuando preste una contribución irremplazable, ya no tiene en sus manos los acontecimientos y no puede dominarlos en tanto deja a otro la ejecución. Por eso, un codominio de la realización típica solamente es posible a través de una división de trabajo en la etapa de la ejecución.

Por lo demás me parece que la concepción de DÍAZ restringe demasiado la coautoría porque la colaboración «positiva» en la acción típica, tal como la entiende, mayormente es ya una autoría inmediata (cuando p. cj. varias personas, siguiendo un plan común, sustraen cosas con dolo directo de hurtar); los casos más importantes en la práctica son luego precisamente aquellos que DÍAZ quisiera excluir de la coautoría como constelaciones de dominio negativo del hecho.

Además, la distinción entre dominio positivo y negativo del hecho, tal como DÍAZ la defiende, no comprende con acierto la estructura del dominio funcional del hecho. Y es que -para permanecer en el ejemplo de el que apuñala- quien sujeta, al «poner a disposición» a

476

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión

la víctima, presta una contribución tan «positiva» para la realización típica como quien apuñala. El que la no prestación de esta contribución llevaría al plan al fracaso solamente es la cara «negativa» de este codominio positivo. En el que apuñala la coautoría no está estructurada de diferente manera; aun en él la otra cara de su parte positiva en el hecho es que su omisión haría fracasar el plan. Luego, la diferenciación afirmada no puede fundamentar una diferencia de valoración de las partes del hecho. Tanto en caso de que el coautor sostiene a la víctima para posibilitar la puñalada mortal como cuando él mismo dirige la puñalada que, unida a otras puñaladas, causa el resultado; en ambos casos los participantes son alternativamente independientes uno del otro y codominadores del hecho a través de su actuar «positivo».

Segundo: JAROSS<sup>1</sup> así como sus discípulos DERKSEN<sup>2</sup> y LKSCH<sup>(y4)</sup> pretenden renunciar a la exigencia de una resolución común hacia el hecho en la coautoría y encuentran suficiente «una resolución de adaptación [Einpassung]...», con la cual el participante que no actúa de manera inmediata, pero cooperera en la forma, vincula su contribución con el hacer del ejecutante». Entonces, si A impide al policía decidido a intervenir para frustrar el asalto a una casa, A sería coautor aun cuando el asaltante no ha notado para nada este apoyo. También en el ya mencionado dominio de organización no deberá impedir una coautoría la circunstancia de que los que dan la orden y los que la ejecutan no saben nada el uno del otro. Fuera de la escuela de Jakobs esta doctrina no ha encontrado resonancia<sup>(10)</sup>. Ella tiene sus ventajas, pero oculta el peligro -como ya lo mostró el dominio de la organización- de una exagerada ampliación de la coautoría. Además, difícilmente hace justicia a la representación del legislador pues apenas si se puede calificar como «comisión conjunta», tal como exige el legislador, a una influencia unilateral de la cual el otro

<sup>1</sup> JAKOBS

s, *Scrafrecht*. AT. segunda ed., 1991, cap. 21, n. marg. 43; *JVSz* 1995,

<sup>(10)</sup> DERKSEN, *GA* 1993, p. 163 y ss. <sup>(41)</sup> USCH *ZStWiQ* 1993 . 71

<sup>(11)</sup> UKRSEN, *GA ; Wó*, p. 163 y ss.

<sup>(41)</sup> LKSCH, *ZStWiQ* (1993), p. 271 y ss.

<sup>(12)</sup> Sobre la crítica ver más detalles en KCPFER, *ZStWiQ* (1993), p.

295.

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión

no sabe nada. KÖHLER<sup>(13)</sup> opina que esta doctrina «incluso retrocede más allá del finalismo y prácticamente mueve los límites con la complicidad». Espero un duelo verbal con los opositores durante la discusión.

Tercero: el punto principal de la discusión en la coautoría radica todavía en la cuestión de si los actos preparatorios pueden fundamentar una coautoría. Esto es afirmado por la jurisprudencia y yo ya he expuesto que ella considera suficiente en ocasiones incluso actos preparatorios mínimos y lejanos. Pero también representantes de la teoría del dominio del hecho como STRATENWERTH<sup>(27)</sup> o JAKOBS<sup>(11)</sup> pretenden que sean suficientes para la coautoría los actos preparatorios cuando estos dan forma a la ejecución.

Por el contrario, una concepción más estricta, que yo también defiendo, exige para la coautoría una cooperación esencial en la etapa de la ejecución. Pues, aparezca de los casos de la autoría mediata (que aquí no están en discusión), es imposible que se pueda dominar un acontecimiento de ejecución cuando uno no está presente. También es un contrasentido [ungercimt] que, a través del desvío [Umweg] de la coautoría, se eleve a la categoría de autoría el influjo de un hombre de atrás cuando no es suficiente para una autoría mediata. Pese a ello, la concepción que yo defiendo constituye por lo menos una opinión minoritaria -aunque se está abriendo paso. Últimamente está siendo defendida también p. ej. por STÄIN<sup>(21)</sup> y KÖHLER<sup>100</sup> y ha sido fundamentada otra vez, de manera resumida, en 1995 por el asistente de Colonia ZIESCHANG en la revista *ZStW*<sup>101</sup>.

Cuarto: pero el desarrollo más interesante en el ámbito de (a) coautoría está en la penetración imparable de la coautoría culposa. Hasta hace pocos años en la literatura alemana la doctrina totalmente

<sup>21</sup> KOHLER, igual que nota 13, p. 516.

<sup>100</sup> STKATKMKVKKTH, *Strafrecht*. AT, 3ra. ed., 198], n. marg. 824,

<sup>101</sup> JAKOBS, igual que nota 9, cap. 21, n. marg. 48.

<sup>102</sup> STKL.V, op. cit., p. 319 yss.

<sup>103</sup> Köm.KR, igual que en nota 13, p. 516.

<sup>104</sup> Tomo 107, p. 361.

<sup>105</sup> Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión  
dominante era aquella según la cual en los delitos culposos regía el concepto unitario de autor, de manera que cuando varios actuaban imprudentemente sólo era posible una autoría accesoria. Actualmente numerosos autores se muestran partidarios de la coautoría culposa. Los trabajos más minuciosos han sido trabajados en la monografía de habilitación de cátedra de RENZIKOWSKI y el libro de Bettina WEIßER sobre decisiones colegiadas<sup>106</sup>. También habría que nombrar la recientemente aparecida disertación de Simone KAMM sobre «Die fahrlässige Mittaterschaft» en Ratisbona. El motivo para el encumbramiento de esta figura jurídica radica en los problemas de las decisiones colegiadas que se han vuelto recientemente

actuales y que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos ambientales. En estas decisiones se presentan ciertos problemas de causalidad de los votos individuales no fundamentales para la decisión cuando ésta trae consigo realizaciones típicas culposas. Por el contrario, si se observan a todos los votantes como coautores culposos, a cada uno de ellos se le imputa la contribución del otro y la causalidad de la conducta completa se puede comprobar sin problemas.

La posibilidad de coautoría culposa tendrá que ser seriamente ponderada. Se tendría que construir, en los hechos culposos, un concepto independiente de «comisión en comunidad», diferente de la coautoría de los delitos dolosos. Esto está permitido dogmáticamente y es posible. El que sea aceptable o no depende de si se consigue construir un concepto suficientemente preciso de la comunidad culposa. Y es que no se trata naturalmente de renunciar a la prueba de la causalidad de una conducta culposa solamente porque varias personas se comportan culposamente.

#### d) Participación

Del amplio campo de la participación quiero solamente escoger un problema que, junto a las sentencias ya expuestas sobre la certeza

<sa\VLiJ3nt, «Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen», 1995, p. 194 y ss.

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión  
del dolo de los partícipes, ha desatado una discusión especialmente viva en los últimos años: la cuestión de si las así llamadas acciones neutras o cotidianas son punibles como complicidad o son totalmente impunes. Sobre esto hay entretanto mucha literatura<sup>107</sup> con resultados muy distintos. El tiempo no me permite tratar a fondo esto ni exponer mi propia solución con más detalle<sup>108</sup>. Pero por lo menos quiero exponer de qué se trata. ¿Es punible como cómplice en un hurto aquél que p. ej. vende en una tienda un destornillador cuando sabe perfectamente que el comprador quiere cometer un robo con fractura con dicha herramienta? Yo creo que sí, pero JAKOBS<sup>109</sup> p. ej. discute esto y pretende dejar impune también al

panadero que, conociendo todas las circunstancias, vende el panecillo al asesino con cuyo envenenamiento éste causa la muerte de la víctima<sup>(34)</sup>. Entonces, tales negocios cotidianos quedarían impunes sin más, lo cual no alcanzo a comprender porque mediante su inclusión consciente en contextos delictivos pierden su carácter cotidiano. Pero tampoco pretendo que se sancione penalmente cualquier promoción a actividades delictivas. Si mis asistentes me ayudan en mis manuales pese a saber que oculto al fisco sus honorarios, esto no es una complicidad a un fraude fiscal. Pues aquí falta la relación delictiva de sentido porque la actividad de los asistentes es legítima independientemente de que el catedrático declare tributariamente sus honorarios, mientras que en los ejemplos contrarios la finalidad delictiva queda claramente en

<sup>33</sup> Monografías al respecto: WOLFF-RISKE, «Berufsbedingtes Verbalten als Problem mittelbarer Erfolgshaftung», 1995; SCHMIDT, «Harralose Gehilfenschaft?», 1995; WOHLLKHEIM, «Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen», 1996. De la literatura en artículos: MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, p. 282 y ss.; NIKDKRMAIER, *ZStW* (1995), p. 507 y ss.; RANSIEK, *Wistra* 1997, p. 41 y ss.; *T.A.G.,JR* 1997, p. 49 y ss.; WUCIÉXD, Libro-Homenaje a Nishihara, tomo V, 1998, p. 197 y ss.

<sup>34</sup> ROXIN, igual que en la nota 4, g 27, n. marg. 16-22.

<sup>33</sup> JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 20.

<sup>36</sup> JAKOBS, *Strafrecht. A T*, igual que nota 9, cap. 24, n. marg. 17.

480

Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión

primer plano al vender el destornillador y el panecillo. Pero estas son solamente bosquejos sobre los que por cierto valdría la pena discutir. Con esto termino mi panorama muy resumido. Con él se habrá mostrado que también en el ámbito de la autoría y la participación todavía hay muchos problemas que resisten a una solución definitiva.

481

Acerca del fundamento penal de la participación<sup>^</sup>



'\*' Publicado en el L.-H. a Walter Stree y Johannes Wessels, editado por Wilfried Küper y Jürgen Welp, Heidelberg 1993, p. 365-382.

La discusión sobre el fundamento penal de la participación se ha movido mucho tiempo alrededor de la cuestión de si el injusto de la participación sería independiente o se derivaría del injusto del hecho principal. La exposición que sigue desarrollará la tesis de que ambas posiciones extremas son incorrectas en cuanto a su unilateralidad; más bien el injusto de la participación es en parte autónomo y en parte se deriva del hecho principal.

I. LO IRREALIZABLE DE INDEPENDIZAR PLENAMENTE EL INJUSTO DE LA PAR-

## TICIPACIÓN

1. Sí se ve *el* injusto de la participación como totalmente independiente frente al injusto del autor, tendría que ser posible una participación punible incluso sin un hecho principal típico y antijurídico. Esto también es admitido consecuentemente por LÜDERSSEN<sup>(1)</sup>, un principal defensor moderno de esta concepción, llegando a] resultado de que la participación en un suicidio sería penada según los arts. 26, 27, 212<sup>(2)</sup> y que la instigación a una omisión de auxilio, en caso de muerte del accidentado, lo sería según los arts. 26, 211, 212, pese a que el «autor» o bien no ha completado ningún tipo o ha completado un tipo totalmente diferente que el «partícipe». Tal concepción es plenamente imaginable, pero no puede armonizar así como así con el prin-

<sup>(1)</sup> «Zum Strafgesetzbuch der Teilnahm», 1967, p. 168, 214 (a favor del suicidio), p. 192 (a favor de la omisión de auxilio).

<sup>(2)</sup> Los artículos que no tienen designación de una determinada ley provienen del C. P. alemán.

Aterra del fundamento penal de la participación

cipio de accesoriedad previsto en los arts. 26 y 27, y por ello no pueden ser defendidos como Derecho vigente. Además, como muestran los ejemplos, ella lleva a una enorme extensión de la punibilidad de la participación.

Impedir esto debe ser el objetivo político-criminal legítimo de la vinculación de accesoriedad.

2. Por otro lado, en caso de admitir autonomía al injusto de la participación, sería consecuente dejar impune la participación en delitos de infracción del deber (delitos especiales), p. ej. la inducción al prevaricato,

tal como SCHMIDHAUSER<sup>131</sup>, el segundo defensor principal de un injusto independiente de la participación, también había admitido al principio, aunque por cierto difiriendo considerablemente de LÜDERSSEN en las consecuencias. Pues quien no cuenta en el círculo de autores del art. 336 no puede realizar en su persona el injusto del prevaricato. No obstante, está comprobado que el legislador quería tratar como participación y someter al art. 28, primer párrafo, bajo puntos de vista político-criminales, aquellos casos cuya impunidad también sería poco convincente<sup>141</sup>, de manera que en tal medida tampoco se puede compatibilizar con la ley la total separación del injusto de la participación del injusto del hecho principal.

3. M.-K. MEYER<sup>(3)</sup>, siguiendo a su maestro SCHMIDHAUSER, pretende derivar del art. 30 la autonomía del injusto de la participación: «Y es que en tanteeen el art. 9t...ya ha sido penada la participación tentada, esto denota que el carácter lesionador del bien jurídico de la participación, en última instancia, sí es independiente de la existencia de un hecho principal». Pero esto tampoco es evidente, pues la inducción tentada no es precisamente *ninguna* participación, sino solamente la tentativa de ella. Así como el hecho tentado del autor no encierra

Acerca del fundamento penal de la participación

<sup>131</sup> «Strafrecht. AT» 1ª ed. 1970, cap. 14, n. marg. 98, de manera diferente en la segunda edición, 1975, en donde se admite la punibilidad, pero se la declara por «no objetiva» (cap. 14, n. marg. 25). En su «Studienbuch» (2 ed., 1984, cap. 10, n. marg. 38) recomienda la creación de disposiciones penales especiales para terceros no involucrados.

<sup>(41)</sup> Comp. solamente la fundamentación del Proyecto 1962, BT-Drucks, FV/ 650, p. 152.

<sup> GA 1979, p. 252 y ss. (255).

486

dentro de sí una lesión del bien jurídico protegido por el tipo, así tampoco existe un carácter lesionador del bien jurídico en la participación tentada. Su independencia del hecho principal no permite por ello deducir la de la participación, prescindiendo totalmente de que incluso la participación tentada está referida a un hecho principal (sólo que no se llega a realizar), de manera que, entonces, ni siquiera ésta es independiente, si se toman como base las representaciones del autor.

4. También parte de un injusto independiente de la participación la teoría de la participación de la culpabilidad, al contemplar el fundamento de la pena de la participación en que el partícipe implica al autor en la culpabilidad y la pena. Esta teoría atenta claramente contra el principio de la accesoriedad limitada {arts. 26, 27, 29), según el cual la participación no presupone necesariamente una culpabilidad del autor; por ello ella no puede ser defendida de lege lata y tampoco tiene ya propulsores. Todavía juega algún papel la «teoría modificada de la participación en la culpabilidad» fundamentada por TRECHSEL<sup>(12)</sup>, también llamada «teoría de la participación del injusto», de la «corrupción» o de la «desintegración». Esta teoría quiere penar al partícipe porque expone al autor a la desintegración social que también trae consigo un actuar injusto. Contra esto se responde desde hace ya tiempo que la pena de la participación, según la ley, está vinculada al marco penal del hecho del autor y no a la magnitud de la desintegración ocasionada; además, que de esta manera no podría explicarse la complicidad que se presta a un autor ya decidido por sí mismo a cometer el hecho, quien, por lo tanto, ya no puede ser desintegrado.

Últimamente KILIXER<sup>(7)</sup> ha puesto en duda la consistencia de ambas objeciones. Sobre el argumento del marco penal opina que podría ser «que la desintegración [haya sido] estimada en la ley de manera valorizante y generalizadora en abstracto», de manera que la magnitud de la supuesta desintegración se guiaría según la gravedad del hecho. Y también la complicidad tendría efecto desintegrador, ya que uno podría plenamente «promover una carrera criminal prestan-

<sup> «Der Strafgrund der Teilnahme», 1967.

''' «Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten», 1989, p. 163 y s.

487

Acerca del fundamento penal de la participación

do ayuda para hechos punibles». Esta defensa de la concepción desintegradora no es muy convincente, Pues aun cuando la gravedad del hecho no deja de tener importancia para la magnitud de cualquier desintegración, la cuestión de si, p. ej. una persona sin antecedentes penales o un delincuente profesional es motivado a cometer el hecho, es en cambio mucho más importante; no puede admitirse que el legislador haya desconocido o no considerado esto. Aparte de ello, también sigue sin explicación por qué la desintegración del autor, aun

cuando se la represente como que crece con la gravedad del hecho, deba siquiera merecer la pena de la comisión del hecho del autor. Pues el reproche de haber desintegrado socialmente a otro está situado en un nivel totalmente diferente del reproche, p. ej. de haber practicado un robo o un homicidio, y por ello está lejos de poder justificar el mismo marco penal. Y en lo que concierne a la complicidad, la influencia de una ayuda particular a la carrera criminal de un delincuente no tiene importancia o, en todo caso es totalmente mínima; esta influencia no puede explicar una punición siguiendo el marco penal del autor (así esté atenuado).

Pero finalmente también KELLER llega a rechazar la «teoría modificada de la culpabilidad en la participación», mediante una tercera objeción igualmente acertada. Su reflexión consiste en que cada uno tendría que «responder por sí mismo por su desintegración social». Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico es ajeno a un «delito de desintegración» tal como aquí se postula. Si, tal como reconoce actualmente la jurisprudencia, la participación en una real autopuesta en peligro de la integridad corporal (como p. cj. en el consumo de drogas) es como tal impune, con más razón no puede ser punible la cooperación en la desintegración social de una persona responsable. En resumen se podrá, entonces, decir, que también la teoría modificada de la culpabilidad en la participación puede ser considerada actualmente como definitivamente refutada.

5. Finalmente SCHUMANN<sup>(w)</sup> ha intentado, otra vez, renovar la idea de la independencia del injusto de la participación en una forma to-

<sup>(M<</sup> «Strafrechtliches Handlungsunrechi und das Prinzip der Selbstverantwortung der Andereii, 1986, p. 42 y ss. (49).

488

«solidarice con un injusto doloso ajeno, haga causa común con el hecho ajeno»<sup>(9)</sup>, fundamenta consecuentemente «el desvalor de la acción socialmente insoportable» que porta en sí su punición.

SCHUMANN dice que constituye una ventaja especial de esta concepción el que, al vincular ella la pena de la participación al marco penal del hecho principal y con la punibilidad de la participación de extraños, no tendría ninguna dificultad en el delito especial propio. Esto es cierto, pues es plausible que también un injusto del hecho de solidarizarse, entendido independientemente, «se rija en su naturaleza y medida según el objeto de referencia del solidarizarse». Y dado que también un extraneus puede p. ej. solidarizarse con un funcionario delincuente, puede explicarse sin más la punibilidad del no obligado a través de este punto de vista.

Sin embargo, la idea de solidarizarse convence tan poco como la del principio de desintegración. SCHUMANN<sup>(10)</sup> ve en ella solidarizarse «un peligro socio-psicológico para la vigencia del Derecho» que sería idóneo «para conmover el sentimiento de una segura pa/ jurídica» y quedaría «un ejemplo insoportable». Luego, el injusto de la acción de la participación sería «idéntico con aquel en el cual la así llamada teoría de la conmoción [vería] fundamentado el injusto (de la acción) punible de la tentativa (inidónea)» Según esto, la participación es una forma de delito de turbación de la paz. Pero la turbación de la paz que parte de la participación no radica pues, a la manera la tentativa inidónea, en una «caída de los valores fundamentales de la actitud jurídica interna», que es independiente del resultado, en la mala im-

<sup>(11)</sup> Sobre esio y lo que sigue, op. cit., p. 51. <sup>(12)</sup> Sobre esto y lo que sigue, op. cit., p. 50.

489

Acerca del fundamento • • il de la participación

talmente distinta. Opina que no podría hacerse responsable al partícipe por la lesión del bien jurídico, porque el «resultado [estaría] dentro del ámbito de responsabilidad del autor principal». Más bien, la participación, «como tal, ya [contendría] un desvalor especial del acto» que fundamentaría su punibilidad. Según la teoría de SCHUMANN aparece «la acción de solidaridad con el injusto ajeno como fundamento penal de la participación». El que el partícipe se

Acerca del fundamento • • il de la participación

presión [o en la conmoción = Eindruck] que genera el solidarizarse con delincuentes, sino en algo mucho peor, a saber en aquello que el partícipe causa motivando y apoyando, ¡es decir en el resultado! En caso contrario, la participación tentada tendría que ser equiparada a la consumada.

El que el resultado esté exclusivamente «dentro el ámbito de responsabilidad del autor» no resulta evidente porque los arts. 26, 27

extienden la responsabilidad por él precisamente a los partícipes. El simple solidarizarse (aparte del art. 140) no es punible en lo absoluto. Incluso como complicidad psíquica sólo puede ser comprendido en tanto influya en el resultado. Por ello no se puede colocar la participación exitosa que ha causado una lesión típica de bienes jurídicos al mismo nivel que la tentativa inidónea, que no causa nada. Aparentemente SCHUMANN mismo no quiere prescindir totalmente del resultado cuando dice<sup>118</sup> que «la exigencia de una lesión mediata del bien jurídico» constituiría «solamente una exigencia mínima al contenido de injusto de la participación», pero no podría «ser reconocida como fundamento penal suficiente». Pero por regla general, la perturbación de la paz mediante el solidarizarse no es nada que se añada como algo decisivamente nuevo y fundamentador de pena para la lesión del bien jurídico. Más bien, por su dañosidad social ésta se queda muy por detrás de la lesión del bien jurídico causada mediatamente, y constituye solamente un efecto concomitante, impune por sí mismo. Por cierto que todavía tendrá que mostrarse que, pese a todo, en la concepción de SCHUMANN, al igual que en general en la idea de la autonomía del injusto de la participación, se esconde una acertada verdad parcial.

## II, ELEMENTOS INDEPENDIENTES, NO ACCESORIOS DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

Según lo expuesto puede, entonces, partirse de que el injusto de la participación no puede ser separado del injusto del hecho principal: cada participación es una causación accesoria, a través del autor,

Op. cit., p. 44/45.

490

Acerca del fundamento penal de la participación

de una lesión mediata y típica del bien jurídico. Éste es el parecer dominante desde hace tiempo. También el TFA (BGH, colección penal, tomo 4, p. 355, 358) enfatiza «que la ley penal no pena al inductor porque sea culpable de que otro se haga punible, sino porque coopera como autor lejano de que un hecho punible sea cometido (RGSt 5, 228; 15, 316...)».

«La causación de una conducta antijurídica» importaría «la esencia de la inducción».

Pero ya se están multiplicando las voces que reconocen, junto a la causación de un hecho del autor, también elementos independientes del injusto del partícipe, no deducibles del hecho principal. Antes había exigido yo, siguiendo parcialmente a SAMSON y a STRATENWERTH, un «ataque al bien jurídico» autónomo del partícipe, y había tratado, mediante este concepto, de completar con algunos criterios la causación orientada accesoriamente<sup>121</sup>. Esta idea encuentra cada vez más resonancia<sup>125</sup> y está consiguiendo poco a poco atención en los comentarios y manuales provenientes de la doctrina dominante. Así, si bien CRAMER<sup>14</sup> dice que el injusto de la participación sería «dependiente del injusto del hecho principal», sin embargo también encarnaría «un propio desvalor». Si bien ESCHECK<sup>119</sup> considera el injusto de la participación «dependiente del hecho principal en cuanto a su fundamento y a su medida», sin embargo, al mismo tiempo habla de la «dirección del ataque al bien jurídico protegido, que también es exigible para el partícipe».

Para WESSELS<sup>111</sup> «ambas formas de participación derivan su

<sup>118</sup> ROXIN, *LK*, 10ª ed., 1978, cora, previo an. 26, n. marg. 1-7; STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., 1981, n. marg. 858, 860; SAMSON, en: «SK-StGB», 1985, com. previo art. 26, n. marg. 14-18.

<sup>119</sup> En los resultados igualmente BILOY, «Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht», 1985, p. 252 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, cap. 22, n. marg. 9; R(DOUBHI, *StV* 1982, p. 518 y ss.; STKIN, «Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre», 1988, p. 117 y s.; similar, Orro, L.-H. a Lange, 1976, p. 201 y ss.; el mismo autor, *JuS* 1982, p. 558; el mismo autor, *AT*, 4ª ed., 1992, cap. 22 I, 2, c.

<sup>120</sup> En Schönke/Schröder; «StGB», 24ª ed. 1991, com. previo art. 25, n. marg. 17.

<sup>121</sup> AT, & ed., 1988, cap. 64 I, 2, III 2 b. <sup>125</sup> AT, 22ª ed., 1992, cap. 13 IV, 1.

491

Acerca de la inducción y la participación

contenido de injusto del injusto del hecho principal. Esto no significa que la inducción y la complicidad no encarnen ningún desvalor propio». Por cierto que es mucho menos claro en que consiste realmente la independencia parcial del injusto de la participación y cómo se refleja en la

práctica. A continuación quiero tratar aclarar esto un poco y de explicarlo usando cinco grupos de problemas.

1. La participación punible presupone que el bien jurídico lesionado por el autor también está protegido frente al partícipe

Este punto devísala-que también es frecuentemente resallado<sup>(17)</sup>-juega un papel importante especialmente en la participación necesaria. La víctima de una acción de usura (arl. 302 a) o de un delito sexual (arts. 174-176), el prisionero liberado (art. 120) o el primer autor favorecido por un delito de encubrimiento personal (art. 258) pueden hacerse no punibles como partícipes en un hecho principal, aun cuando hayan inducido a ello. Pues nadie puede atacar de manera punible su propio patrimonio (art. 302 a) o su propia integridad sexual (arts. 174 y ss.). Tampoco la custodia estatal, tal como lo demuestra la impunidad de la autoliberación [evasión de un establecimiento penal], es protegida en contra del apresado (art. 120) ni tampoco la administración de justicia penal estatal es protegida contra un delito de encubrimiento (art. 258) cometido por el propio delincuente. En ello el inductor (si me es permitido proseguir con esta forma de participación que es la más fuerte) participa plenamente en una acción punible del autor y tendría que ser penado si la realización mediata y accesoria de un tipo circunscribiera hasta el agotamiento el fundamento penal de la participación. Pero el ataque a un bien jurídico, protegido también frente a aquél, tiene que adicionarse como elemento independiente del injusto de la participación. La falta de capacidad de protección del bien jurídico frente al «partícipe» excluye el

<sup>(17)</sup> Comp., por mencionar sólo a algunos, LVDLHSSKX, igual que nota 1, p. 131 ys.;SAMsoN, en«5K-StGB», 1985, n. marg. 17, com. previo arl. 26; STRATI-AWKRTH, AT, n. marg. 860, M.-K. Mm;R, CA 1979, p. 263 y s.; HERZBERO, «Täterschaft und Teilnahme», 1977, p. 133 y ss.

Acerca del fundamento penal de la injusto de la participación, pese a la causación accesoria de un hecho punible del autor. Sólo el autor, no también el «inductor», ejecuta en tal caso un ataque al bien jurídico.

Los mismos resultados, sin recurrir al fundamento penal de la participación son explicados por una opinión difundida, a partir de las particularidades de cada uno de los tipos. Así se advierte que hablaría en favor de una impunidad de la participación, en los arts. 302a, 174 y ss., la necesidad de proteger a la víctima, y en los arts. 120, 258, la situación del presidiario y del delincuente parecida al estado de necesidad. Por ejemplo, WOJ.TER<sup>(18)</sup> es escéptico frente a una argumentación desde el fundamento penal de la participación, porque el instituto de la participación necesaria seguiría «reglas completamente propias». Pero las diferentes fundamentaciones no se excluyen entre ellas. Más bien sucede que la necesidad de protección de la víctima y la situación parecida al estado de necesidad del cooperador son el motivo *por el cual* el legislador ha dejado sin protección el bien jurídico frente a ellos.

Pese a todo lo anterior, lo decisivo para la fundamentación dogmática sí es la situación de desprotección del bien jurídico frente al partícipe y no el motivo de ella. Pues es siempre indiscutible en qué medida deba liberarse de pena a alguien debido a una «situación parecida a un estado de necesidad»; como se sabe, la jurisprudencia ha declarado punible en caso del art. 120 la inducción por el prisionero, y en caso del art. 258 -por lo menos antes\*<sup>191</sup>- la inducción por el delincuente. Una fundamentación inobjetable en favor de la impunidad es solamente conseguida por el reconocimiento de que la falta de punibilidad de la autoliberación del prisionero y de la frustración de pena [el encubrimiento] por el delincuente tiene que arrastrar consi-

<sup>(18)</sup> JuS 1982, p. 343 y ss. (344). No obstante, él admite que precisamente desde el punto de vista de la concepción aquí y por él defendida sobre el fundamento penal de la participación podría alcanzarse, con su ayuda, «casi una seguridad plena de los resultados».

<sup>(191)</sup> Me parece que hoy en día la conclusión en sentido contrario del art. 257, tercer párrafo, segunda oración., garantiza la impunidad.

Acerca 'Je'I jumjiiiiieitopfiial je la \_participadáo\_

go necesariamente también la impunidad de la realización mediata, no autoral de tales resultados. Allí donde la «autoría» es impune, con más razón debe serlo la participación.

Esto rige también para el homicidio y las lesiones corporales. La vida y el cuerpo son protegidos contra cualquier tercero, pero no contra su «titular». Entonces, quien exige su propia muerte (art. 216) o su mutilación, inmoral según el art. 226 a, no comete una inducción punible. Pues nadie puede atacar su propia vida y su propio cuerpo de manera penalmente relevante. OTTO<sup>1</sup> ve esto de manera diferente. Para él lo central es que el portador del bien jurídico no tendría ningún derecho a disponer de su vida y de su cuerpo. Por ello, quiere penar por inducción a lesiones corporales y, en el caso del art. 216, arriba a la liberación de pena solamente atendiendo a la «especial situación psíquica de la víctima». Pero la liberación de pena en el art. 216 resulta poco consecuente, pues la «exigencia expresa y seria» presupone la responsabilidad y la falta de carácter coactivo de lo pretendido. Por otro lado no hay ningún motivo comprensible para penar la inducción a una automutilación cuando la automutilación autoral (por más inmorales que sean sus motivos) es impune como tal. Por ello, en ambos casos no interesa la falta de libertad de disposición del participante, sino la impunidad del suicidio y de la autolesión. Hace falta un propio concepto de bien jurídico y con ello, pese a la cooperación en un hecho de autoría punible, el fundamento penal de la participación<sup>1</sup>.

Ya el caso de las lesiones corporales muestra que la problemática va mucho más allá de la participación necesaria. Quien induce a otro a hurtar en una casa aparentemente ajena, pero en realidad perteneciente al inductor, no es partícipe necesario. Pese a todo es impune porque no es posible un ataque penalmente relevante contra la pro-

<-> L.-H. a LAM;K, 1976, p. 212 y s.

1" Igual que aquí, por sus resultados, WOLTKK, JuS J982, p. 345 y s.; JAKOHS, AT, cap. 24, n. marg. 9; HKR/BKRC, igual que nota 17, cap. 13, II, 1.

494

Acerca del fundamento penal de U participad fin

pía propiedad<sup>1</sup>. Casos como éste, que pueden ser trasladados a todos los bienes jurídicos disponibles, dejan totalmente en claro que la impunidad del cooperador 110 resulta de particularidades de la participación

necesaria, sino de un fundamento penal de la participación, esto es, de la necesidad de un ataque independiente al bien jurídico.

## 2. La participación punible presupone que el partícipe tenga por sí mismo el dolo de realizar el tipo

Actualmente prácticamente no se discute que una participación punible solamente se presente cuando el dolo del partícipe se dirija a una plena realización del tipo. Quien solamente pretende que se llegue a la tentativa, es decir p. ej. el que da al autor decidido a asesinar por envenenamiento un polvo inocuo, o quien ayuda al ladrón fracturador [Einbrecher], pero se asegura desde el principio su captura en el lugar de los hechos, no puede ser penado por complicidad. Esta constelación alcanza la mayor importancia práctica en la figura del «agent provocateur»: quien induce a otro para poder probar el delito y hacer que lo arresten en el estadio de la tentativa, es impune. Todo esto tiene tal reconocimiento hoy en día que prácticamente apenas puede uno ponerse a pensar en la fundamentación. Y es que el usual discurso sobre el doble dolo en la participación, que tendría que referirse primero a la de terminación hacia el hecho y a la cooperación, y luego a la consumación de la realización típica, sólo constituye una expresión (acertada), pero ninguna fundamentación. Es claro que la teoría de la participación en la culpabilidad (y en el injusto) tendría que llevar a la punibilidad en el «agent provocateur», porque ya en una tentativa punible se presenta también un implicar al autor en la culpabilidad o en la desintegración social. Pero con el re-

'--> Luego, no se necesita fundamentar la impunidad en que, de cualquier modo, el autor solamente podría cometer una tentativa debido al acuerdo del propietario. Esta **Fundamentación** sería incluso errónea, pues este acuerdo tendría que destacarse extenórmemente de alguna manera para poder desarrollar efectos jurídicos (RoxiN, AT I, 1992, cap. 13, n. marg. 47, 48).

495

Acerca del tiuidaineniu penal de la participación

chazo global de esta teoría no se prueba de ninguna manera la impunidad, mayormente considerada evidente, del partícipe. Pues darlo que existe el injusto de un hecho principal tentado, la deducción de la punibilidad de la

participación desde el injusto del autor tendría que conducir igualmente a la punición del tercero ajeno (por participación en un delito tentado). La concepción preponderante que ve el fundamento penal de la participación únicamente en la causación orientada a la accesoriedad, no puede llegar a la absolución fundamentando p. ej. que el partícipe, para ser punible, tendría que haber querido causar el resultado típico<sup>1231</sup>. Pues también la tentativa es ya un resultado, y el partícipe ha querido causar éste y lo ha causado de manera accesorio; puesto que dicho resultado es suficiente para el autor, tendría que ser igualmente suficiente para la pena por participación si el injusto de la participación se agota en la deducción del injusto del autor.

La solución correcta recién se obtiene cuando se reconoce que el dolo es un elemento no accesorio. Esto quiere decir: no basta para la pena del partícipe que el autor tenga el dolo y que el partícipe lo sepa. Antes bien, el partícipe tiene que tener un propio dolo que sea independiente de aquél del autor y que represente una pieza de injusto independiente de participación. Ks mérito de HIRZBERG<sup>341</sup> el haber trabajado por primera vez claramente el carácter no accesorio del dolo. Pero me parece que la fundamentación dada por él oscurece más bien su trascendente entendimiento. A saber, opina HERZBERG que el dolo como criterio «referido a valores» sería un «elemento personal especial» en el sentido del art. 28. Deduce entonces: «Según esto...para el agent provocateur resultaría solamente una atenuación de la pena (art. 28, primer párrafo). No obstante, sólo es explicable ir más allá de esto por el hecho de que no se siente como suficiente una ablandamiento atenuador de la pena. En el dolo se ve -por así decirlo-

Acerca del fundamento penal de la participación

<sup>(S3)</sup> Así aparentemente Hr.Kxm-.RC, igual que nota 17, p. 130, resumiendo la «jurisprudencia y la doctrina dominante».

<sup>1-41</sup> De entre sus numerosas obras pertencen aquí sólo cito el breve resumen en su monografía «Taterschaft und Teilnahme», 1977, p. 129 yss. (131).

496

un elemento personal extremadamente especial, cuya ausencia en el partícipe obliga a aplicar la solución radicalmente no accesorio de la plena absolución».

Esto convence poco, porque aparta simplemente la regulación distinta del art. 28, primer párrafo, invocando un sentimiento jurídico que obliga a la absolución. Esto no sería permitido si el dolo fuera siquiera un problema del art 28. Pero, de manera correcta no deberá verse al dolo como un elemento personal especial, ni tampoco deberá llegarse a la absolución mediante la construcción de un elemento «extremo» de este tipo, desconocido por la ley<sup>141</sup>). Más bien es imperioso adjudicar al fundamento penal de la participación la no-accesoriedad del dolo, reconocida por HERZBERG de manera tan aguda, al igual que todos los elementos no accesorios del injusto de la participación : quien no quiere la realización del tipo, no ataca al bien jurídico protegido por la correspondiente disposición y ya por ese motivo no puede ser un partícipe.

### **3. La participación punible presupone que el partícipe admita en su dolo también la realización de intenciones relacionadas con el bien jurídico**

También las intenciones relacionadas con el bien jurídico, como las que contiene el tipo subjetivo de muchos delitos (p. ej. los arts. 164, 242, 257, 267, 268), no deben ser tratados como elementos no accesorios<sup>(SH)</sup>. Entonces, quien, con la finalidad de apresar aun falsificador, le solicita determinado documento dirigido supuestamente a engañar en el tráfico jurídico, documento que, según lo planeado desde el principio, luego de su recepción es entregado a la Policía, denuncia-

<sup><-S1</sup> La difícil cuestión de lo que es un «elemento personal especial» no puede ser tratada aquí con más detalle. Comp. al respecto mis comentarios al art. 28 en el Leipziger Kommentar que aparecerá próximamente en una nueva edición.

<sup><-S2</sup> Es distinto lo que sucede con las intenciones no relacionadas con el bien jurídico como la intención de enriquecerse en la estafa; comp. al respecto mi exposición en la 1ª ed. del Leipziger Kommentar, cap. 26, n. marg. 81.

497

Acerca del fundamento penal de la participación

do al falsificador, no es punible por inducción a una falsificación documental. Pues si bien el inductor no tiene que querer engañar personalmente



con el documento en el tráfico jurídico, sí tiene que saber y querer que con el documento tenga lugar un engaño en el tráfico jurídico. Si su dolo no está dirigido a ello, no quiere atacar al bien jurídico protegido, el tráfico de documentos con carácter probatorio, y queda impune; no se da el fundamento penal de la participación. De manera correspondiente tampoco es punible por inducción al hurto el agent provocateur que hace apresarse al ladrón inmediatamente después de haber éste alcanzado la custodia<sup>^J</sup>; pues aquel no quiere atacar la propiedad de la víctima en la manera presupuesta por el art. 242 de una expropiación permanente, sino solamente causar un furtum usus de corta duración. Esto rige mutatis mutandis para todos los delitos de intención referidos al bien jurídico.

La no-accesoriedad de los delitos de intención referidos al bien jurídico también ha sido reconocida por primera vez por HERZBERG<sup>(S1)</sup>. Ya se ha señalado la problemática de su construcción de «elementos personales extremos especiales». Ellos no son necesarios, porque ya el fundamento penal de la participación explica sin problemas la impunidad. HERZBERG se acerca a esta concepción cuando dice<sup>(91)</sup> sobre el partícipe que, dado que éste «no habría permitido que se llegase» a la "lesión material del bien jurídico», se equipararía «visto objetivamente a un agent provocateur. Siguiendo correspondientemente el quebrantamiento no escrito de la accesoriidad desarrollada para esta figura de la participación, esta persona debe quedar plenamente impune». HERZBERG ha encontrado acogida sobre todo en JAKOBS<sup>^</sup>, quien se apoya acertadamente en un «paralelismo entre el dolo de consuma-

<<sup>71</sup> Por cierto que, si el hecho se refiere a un vehículo motorizado o a una bicicleta, se da la punibilidad según los arts. 26, 248b; en todo caso, aquí entraría en consideración una justificación según el art. 34.

<-> ZSIW88 (197(3), p. 95 y ss.; el mismo autor, JuS 1983, p. 742 y ss.; GA 1991, p. 151 y ss.; «Täterschaft und Teilhabe», 1977, p. 131 y ss.

^> Igual que nota 17, p. 132.

<\*> AT, cap. 23, n. marg. 17, 19, 20.

498

ción y el dolo excedente»<sup>(S1)</sup>. Pero precisamente JAKOBS objeta fundamentación que parte de la «falta de un dolo para la lesión del bien

jurídico»<sup>321</sup>. Tal ampliación de la absolució «de la falta de un dolo de consumación a la falta de un dolo para la lesión del bien jurídico» sería «debido a la arbitrariedad con la cual puede determinarse el nivel de abstracción del bien jurídico...casi infinita». Pero esto no resulta claro. Ciertamente, el bien jurídico de cada tipo tiene que ser precisado nítidamente. Pero no puede haber otro punto de referencia para el dolo del partícipe, en especial porque JAKOBS<sup>BS)</sup> mismo determina el injusto de la participación coincidiendo ampliamente con la opinión aquí defendida como «el propio ataque -pero no uno del autor- a un bien a través de una causación imputable de un hecho autora!».

Pero, aparte de dichas diferencias de fundamentación, también el resultado defendido aquí para las mencionadas intenciones [de dolo directo de primer grado] es mucho más discutible que en el caso del dolo. Mientras que el tratamiento no-accesorio del dolo es reconocido por todos. Por lo menos en sus resultados, la opinión dominante trata las intenciones como plenamente accesorias y, consecuentemente, tiene que llegar a la pena por inducción en los ejemplos arriba mencionados (que correspondan). En los últimos años esta opinión ha sido defendida con especial énfasis por KELLER<sup>341</sup>. Una meticulosa confrontación con sus argumentos exigiría una monografía separada, la cual no puede ser realizada aquí. Sin embargo, baste con indicar que no es correcta -con seguridad- su tesis principal, según la cual una limitación

<sup>1311</sup> AT, cap. 23, n. marg. 20.

[N. d. T.: el «dolo excedente» (überschiebend) se refiere a aquél que deben tener los participantes en los tipos penales de consumación adelantada. P. ej. en la falsificación documental, todos deben tener el dolo de que el documento sea utilizado para engañar dentro del tráfico jurídico (ejemplo de Jakobs, Manual, cap. 23, n. marg. 19)].

<sup>is-></sup> AT, cap. 23, n. marg. 17.

^ AT, cap. 22, n. marg. 9.

<<sup>M)</sup> Igual que nota 7, p. 212-236.

499

A< IT< .1 ilel flinda

de la responsabilidad por participación en el sentido aquí indicado llevaría a una «responsabilidad de la actitud interna» en el autor. Díce<sup>3;></sup>: «Si el

autor es penado por un delito intencional consumado, pero el provocador es simultáneamente absuelto, entonces el autor es hecho responsable por su actitud interna de autor».

En primer lugar hay que contraponer a esto que la supuesta «responsabilidad de actitud interna» del autor sólo puede ser deducida desde el reproche por el hecho dirigido contra él y no desde la punición o no punición del partícipe. Pero que la realización [autora] de los arts. 267, 242 ponga al descubierto una «responsabilidad por actitud interna» todavía no ha sido afirmado por nadie. Y en lo que se refiere a la punibilidad del partícipe, un precepto elemental de justicia y de igualdad de tratamiento consiste en que en la parte subjetiva no presuponga mucho menos que en el autor. Si en el autor junto al dolo, es presupuesto de la punibilidad la intención de engañar y de apoderamiento, bajo puntos de vista de merecimiento de pena es apropiado exigir en el partícipe, junto al dolo, que él también quiera la realización de la intención específica del tipo a través del autor. En caso contrario, el partícipe sería tratado de manera más severa que el autor, pese a que su conducta tiene que ser juzgada más bien como de manera más atenuada que la del autor<sup>111</sup>.

Cuando tantos autores quieren penar al partícipe, pese a que él (como «agenr. provocateur») no sólo no ha admitido la realización de la intención específica del tipo en cuanto a su dolo, sino que precisamente quiere frustrar esa realización, entonces, el trasfondo de ello es la desaprobación contra los actos de seducción para la comisión de delitos (seducción mayormente motivada incluso por el Estado). Pero este punto de vista (atendible desde la Política Criminal) sólo puede ser admitido por la teoría de la participación en la culpabilidad, la cual no se corresponde con el Derecho vigente (ni siquiera en forma modi-

<sup>111</sup> Igual que nota 7, p. 236, nota 77.

<sup>112</sup> Comp. la doctrina en JAKOBs, AT, cap. 23, n. marg. 20, nota 20; «¿Quién onder al partícipe, pese a que no presenta el elemento

relativo en JAKOBs, AT, cap. 23, n. marg. 20, nota 20; «¿Quién hace responder al partícipe, pese a que no presenta el elemento subjetivo, opera con un tipo que es más corto que el propio?».

500

solamente en la afección del ordenamiento estatal de bienes jurídicos, entonces no es razonable penar una conducta que es vista por las autoridades y Tribunales, unánimemente, como indispensable para su defensa.

4. La inducción punible presupone una incitación dirigida a un objetivo. Finalmente, se muestra una porción de injusto autónomo de la inducción en el hecho de que, según la opinión hoy en día mayoritaria y acertada, la causación dolosa de una decisión para cometer el hecho todavía no es suficiente para una punición por inducción. Cuando alguien hace saber a otro sobre el adulterio de la mujer de éste, suponiendo que éste va a dar una paliza a la adúltera, si el marido reacciona según lo esperado, el primero ha causado dolosamente una decisión para una lesión corporal. Igualmente ha causado dolosamente una decisión de hurto quien coloca al alcance de alguien la billetera llena de un tercero, a fin de colocarlo en una tentación ante la cual éste también sucumbe.

Hay que aprobar el parecer que rechaza una inducción en tales casos <sup>131</sup>.

La formulación frecuentemente usada de que la inducción presupondría un «contacto espiritual» o un «influjo espiritual» no es, por cierto, idónea para fundamentar la impunidad<sup>1181</sup>. Pues ni en el ejemplo del adulterio ni en el del arreglo de situaciones provocadoras

<sup>131</sup> JAKOBs, AT, cap. 22, n. marg. 21 y ss.; Jrs; Hi-; cK, cap. 64 III, 1; D. MI-YER, "Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung", 1973, p. 7, 100 y ss.; el mismo autor, JuS 1970, p. 529 y ss. (530); OTTO, JuS 1983, p. 557 y ss. (560), ROHALLI, GA 1979, p. 11 y ss. (12); SCH. VIIRMIÄUSKIT, AT, 2ª ed., 1975, cap. 14, n. marg. 104; CUAMEU, en Schönke/Schröder, \*StGB», 24ª e., 1991, cap. 26, n. marg. 7; SCHI/MANN, igual que nota 8, p. 52 y ss.; STLIN, igual que nota 13, p. 271; STUATENWLCRTH, AT, n. marg. 881; WEL/KL, «Das Deutsche Strafrecht», 11ª ed., 1969, cap. 16 II 1; WESSEUS, AT, 22ª ed., 1992, cap. 13 IV 4a.

<sup>1181</sup> En tal medida es acertada la crítica de SAMSON en «SÍÍ-StGB», 1985, ari. 26, n. marg. 5 y ELOY, igual que nota 13, p. 329.

501

la psique del autor, es decir por la vía del influjo psíquico. Pero lo que correctamente tiene que exigirse para la inducción es más que esto: a saber una colusión entre el inductor y el autor, una incitación dirigida al objetivo a través del inductor, tal como también se había presupuesto antes para el art. 49a, primer párrafo (actualmente art. 30, primer párrafo) en el texto legal<sup>139</sup>.

Sólo tal incitación puede ser juzgada como ataque al bien jurídico, pues las informaciones y situaciones que pueden motivar a acciones punibles forman parte de las experiencias cotidianas de cualquier persona. Sea que tales «situaciones tentadoras» ocurran casual o intencionalmente: por la reacción a ello es responsable solamente cada uno, sin que se pueda participar de ella a un inductor. Luego, debe rechazarse una inducción<sup>140</sup>.

Pues falta, tal como con razón dice FRISCH<sup>41</sup> «el claro contenido de sentido de una acción dirigida a ocasionar la resolución delictiva».

Aquí también se oculta el auténtico núcleo del criterio de solidarizarse desarrollado por SCHUMANN, El dice acertadamente sobre la acción de arreglar las cosas para crear una situación que posibilite el hecho<sup>42</sup>: «Pero, puesto que a diferencia del persuadir, el hombre de atrás no presenta el contenido de sentido de un solidarizarse con el

(m por ej contrario, se va demasiado lejos cuando PLTW: -GA 1984, p. 101 y ss (112-114)- y JAKOBS (AT, cap. 22, n. marg. 22) exigen casi una dependencia de parte del autor del inductor. Empero, esto no se hará el seguimiento de esto, pues ambos autores exigen igualmente una incitación dirigida al objetivo (e incluso más).

<sup>41</sup> Por el contrario, a favor de la inducción, aparte de los mencionados en la nota 38: BHG, GA 1980, p. 184; Bi.F.i, AT, 18ª ed., 1983, cap. 79 II 2; DKLHLH / TRÖNDLE, «StGB», 45ª ed., 1991, cap. 26, n. marg. 3; HEKXBKRÍ, igual que nota 17, 4. parte, II 2 b; LACKNKH, «StGB», 19ª ed., 1991, cap. 26, n. marg. 2; WIDMAIKR, JuS 1970, p. 242 y s.

<sup>42</sup> «Tat bes tan dsm affiges Verbal ten und Zurechung des Erfolges», 1988. p. 343 y s.

<sup>43</sup> Igual que nota 8, p. 52.

502

SCHUMANN extiende el rechazo a una inducción también a determinadas «influencias ideales», «así, p. ej., cuando, mediante informaciones sobre hechos exitosos de otros o exponiéndole la posibilidad de enriquecerse mediante un delito, el autor principal es llevado dolosamente a la idea y a la resolución de cometer un hecho correspondiente». En caso contrario se tendría que prohibir de plano las informaciones sobre delitos, pues siempre pueden incitar a la imitación. Terminológicamente, por cierto, el concepto de «solidarizarse» no expresa cabalmente lo correctamente reconocido. Pues uno se solidariza, según el lenguaje cotidiano, con la resolución ya adoptada de otro, mientras que el inductor recién tiene que ocasionar esta resolución mediante una incitación (sea expresa o implícita) dirigida al objetivo. Precisamente en ello consiste el ataque independiente al bien jurídico, que caracteriza el injusto de la inducción más allá de la causación accesoria.

**5. La complicidad** presupone una referencia delictiva de sentido También la complicidad tiene un desvalor que va más allá de la causación accesoria. Esto se muestra primeramente en la necesidad de un incremento del riesgo provocado por la complicidad<sup>43</sup>. Además se presenta en el problema todavía poco aclarado, pero por lo menos cada vez más reconocido de las «acciones cotidianas», de las «acciones neutras»<sup>44</sup>.

¿Es una complicidad punible cuando alguien vende a un hombre un destornillador, sabiendo que lo quiere utilizar para un robo con fractura<sup>45</sup>?

JAKOBS y SCHUMANN no están de acuerdo

<sup>43</sup> Al respecto ROXIN, LK, IIª ed., 1993, cap. 27, n. marg. 4 y s.

<sup>44</sup> Comp. lo más reciente en JAKOBS, ZStWSQ (1977), p. 1 y ss.; el mismo autor en AT, cap. 24, p. 13 y ss.; SCHCMAXN, igual que nota 8, p. 54 y ss.; FRISCH, igual que nota 41, p. 295 y ss.; ROXIN, L.-H. a Tröndle, 1989, p. 177 y ss.; MM;R-AHNU'I. Wistra 1989, p. 281 y ss.

<sup>45</sup> El ejemplo es empleado por JAKOBS, Z.SW89 (1977), p. 20, y es adoptado por SCHLMANN, igual que nota 8, p. 54 y ss.

503

Acerca del fundamento penal de la participación

hecho provocado, éste puede aquí retraerse al punto en que sería cuestión del otro cómo tenga que reaccionar a dicha tentación». De manera correcta

con esto. ParajAKOBS<sup>4\*5</sup> "los usuales negocios de intercambio de la vida diaria» no pueden fundamentar una complicidad punible «si la acción delictiva no se vuelve un sentido de acción común». Para SCHUMANN una

complicidad punible presupone que el cómplice «se solidarice con el hecho del otro, es decir, que de manera reconocible se ponga de parte del injusto». En nuestro ejemplo faltaría ello.

Este resultado no me es muy claro. Pues si el comprador comunica al vendedor cómo quiere utilizar el destornillador, tampoco desde la perspectiva de nuestros dos autores, puede discutirse plausiblemente la existencia de una complicidad punible. Pero ¿por qué debería depender la punibilidad de si el cómplice ha conocido el plan delictivo a través del propio autor o a través de un tercero o espionando al autor? Aun cuando el autor no sabe que ha sido descubierto, ello no cambia nada que, bajo un juicio objetivo, aquel que proporciona un instrumento para el robo sabiendo para qué éste será utilizado, «se pone de lado del injusto» y tiene que hacerse imputar el «sentido delictivo de acción» de la conducta del autor. Mediante su acción de promoción ejerce de manera mediata un ataque al bien jurídico. Nada cambia el hecho de que el autor no lo haya reconocido como cómplice doloso, puesto que la complicidad no presupone que el autor también se dé cuenta de la ayuda que objetivamente se le está proporcionando.

No obstante, la concepción desarrollada desde diferentes perspectivas por JAKOBS y SCHUMANN contiene la correcta idea fundamental (sólo que extendida en su campo de aplicación), de que no basta para la complicidad una promoción causal, sino que tiene que agregarse una «referencia delictiva de sentido» que recién haga de una conducta neutral un ataque al bien jurídico<sup>(47f)</sup>. Si alguien encarga trabajos a un técnico sabiendo (o incluso habiendo sido informado) que comete fraude fiscal, promueve la comisión de un delito e incluso lo posibilita recién con su acción. Pero no comete una complicidad punible porque el encargar trabajos a un técnico también sigue siendo ilimitada-

AT, cap. 24, ii. marg. 17.

\* Probablemente en Rox, v, LK, 11- e\* 1993, cap. 27, n.

504

no tiene ninguna relación delictiva de sentido; únicamente el técnico y no el cliente ataca al Derecho tributario. Por el contrario, en el caso del destornillador, la entrega de la herramienta servía exclusivamente para un fin delictivo y por ello debe ser juzgada como un ataque mediato al bien jurídico.

Por otro lado, la provisión de materiales a un fabricante, quien al fabricar sus productos atenta continuamente contra disposiciones protectoras del ambiente, tampoco es una complicidad punible a los correspondientes delitos en el caso que el proveedor conozca las acciones delictivas de su cliente. Pues la provisión de materiales sigue siendo ilimitadamente razonable aun en caso de un procesamiento respetuoso del ambiente, y por ello no tiene ninguna «relación delictiva de sentido». Quien, sin embargo -para traer todavía a colación un ejemplo contrario- como taxista y por el precio usual lleva a los delincuentes lugar de los hechos o los recoge de allí, se hace culpable de una complicidad punible si conoce la finalidad para la que sirven sus viajes<sup>(48)</sup>. Pues si sus viajes no hubieran tenido ningún sentido para los autores, sin los delitos para los que sirven de apoyo, y ellos no se hubieran realizado.

Estos son -en un resumen recortado a manera de un esbozo- los presupuestos de un ataque al bien jurídico como complicidad punible cuando el cooperador sabiendo que su hacer tiene un influjo promotor de una conducta delictiva. Si él no lo sabe, sino solamente cuenta con ello, o sea que no actúa con *dolus directus* sino con *dolus eventualis*, entonces rige el principio de confianza, de manera que cualquiera debe en principio confiar en que los demás no cometerán acciones punibles. Luego, quien vende un destornillador o incluso un cuchillo

<sup>(48)</sup> Acertadamente en este sentido, MLYLR-AKMIT, *Wislra* 1989, p. 281 y ss; allí también se encuentran más referencias instructivas de la literatura y jurisprudencia.

<sup>(49)</sup> Así también BGH, colección penal, tomo 4, p. 107 y ss.; en favor de la impunidad en ambos casos, JAKOBS, AT, cap. 24, n. marg. 17.

505

Acerca del fundamento penal de la participación

mente razonable para ambas partes y para un juicio objetivo, si el técnico paga correctamente los impuestos<sup>(48)</sup>. El encargo del trabajo a un técnico

Acerca del fundamento penal de la participación!

y, sin un saber concreto cuenta con que el comprador de apariencia poco confiable, podría cometer con ellos acciones punibles, no se hace punible por complicidad si esto realmente ocurre. Pues, dado que se puede abusar

de casi todos los objetos para cometer delitos, ya no sería posible una vida normal si uno tuviera que contar con ello desde el principio. Aquí recién se presenta un ataque al bien jurídico, punible como complicidad, cuando el cooperador permite que ello suceda pese a una reconocible inclinación hacia el hecho del autor potencial<sup>1521</sup>, es decir cuando p. ej. aquél cede al pedido y entrega un cuchillo al participante en una pelea sangrienta que tiene lugar precisamente frente a su tienda<sup>1522</sup>.

Todo esto necesita ser más trabajado en los detalles. Pero en este resumen se puede renunciar a ello, porque también un tratamiento diferente de esta o de aquella constelación de casos no cambiaría en nada al reconocimiento -que es el que aquí importa- de que la complicidad no se agota con la causación de una lesión accesoria del bien jurídico, sino que tienen que adicionarse criterios independientes que hagan aparecer una causación como un ataque al bien jurídico.

### III. EL ATAQUE AL BIEN JURÍDICO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La concepción aquí defendida, según la cual el fundamento penal de la participación puede ser caracterizado como «ataque al bien jurídico mediante causación accesoria», es una «teoría mixta» que estructura el injusto de la participación a partir de elementos independientes y derivados. En contra de ello podría objetarse que de la ley solamente resulta el principio de accesoriedad, pero no la necesidad de

e\*) Al respecto con más detalle, mis «Ofascinaciones sobre la prohibición de regreso», L.-H. a Tröndle, 1989, p. 177 y ss. [ver aquí el primer artículo]. Allí se tratan los problemas confrontando las opiniones divergentes y similares y tomando como ejemplo la imputación culpable; pero para el *dolus eventualis* no rige algo distinto.

<sup>1521</sup> Comp. sobre este ejemplo HKK/BLRC., ~Die Unterlassung im Strafrecht und das Garamenprinzip», 1972, p. 315.

506

Acerca del fundamento penal de la participación

un propio ataque al bien jurídico. Así p. ej. dice KELLER<sup>1523</sup> que debería «extraerse de la regulación de la accesoriedad que el ataque del hecho al bien jurídico fundamenta el injusto de la participación, luego éste no

presupone que el partícipe emprenda un propio ataque al bien jurídico». Se podría decir ampliamente que el criterio del «ataque al bien jurídico propio del partícipe» reuniría soluciones para diferentes problemas que, en tanto fueran reconocidos, también podrían ser sometidos cada uno de ellos a un juicio especial sin referencia a un adicional fundamento penal de la participación.

A esto hay que replicar que en la elaboración de los elementos independientes del injusto de la participación se trata de hacer fructífera para la imputación a la participación la teoría de la imputación objetiva, que ha sido mayoritariamente desarrollada con el ejemplo del hecho del autor. La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea de consumado o tentado), típico y antijurídico. En ello la causación es el criterio general y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación. Pero al igual que para la imputación al autor, para la imputación al partícipe también debe adicionarse a la causalidad (accesoria) su basamento de una creación de peligros legalmente desaprobados. En eso juegan un papel considerable criterios no-accesorios, propios del partícipe:

Allí donde no se protege un bien jurídico frente al partícipe, o sea donde éste no puede en absoluto atacar el bien jurídico de manera penalmente relevante (II, 1), le es imposible al partícipe la creación o el incremento de un peligro jurídicamente desaprobado para su persona, de manera que se excluye una imputación de participación, pese a que ella se produce para la autoría. Allí donde el partícipe, a diferencia del autor, puede ciertamente atacar el bien jurídico típicamente protegido, pero no quiere hacerlo (II, 2, 3) e incluso frecuentemente toma medidas para que no sea afectado, nuevamente no se crea ni incrementa, o por lo menos no dolosamente, un peligro para el bien jurídico, de manera que por este motivo debe abstenerse

<sup>1521</sup> Igual que nota 7, p. 172.

507

Acerca del fundamento penal de la participación

de una imputación a la participación (a diferencia de una a la autoría) Finalmente, donde pese a una causación dolosa del resultado típico falta una incitación dirigida al fin (II, 4) o una relación delictiva de sentido (II,

5), la conducta del cooperador permanece en el marco del riesgo legalmente tolerado y por ello no es imputable a la participación por falta de una creación o incremento del riesgo no permitido<sup>(53)</sup>,

Todos los casos nombrados representan, entonces solamente traslaciones de la teoría de la imputación objetiva a la participación. Su resumen dentro de la exigencia del «ataque al bien jurídico» es recomendable porque, según los arts. 26 y 27, sólo existe una participación dolosa y la creación dolosa de un peligro no permitido es acertadamente nombrada con la designación de «ataque». Seguramente también pueden tratarse por separado las constelaciones problemáticas explicadas, tal como mayormente ha sucedido hasta ahora, en tanto se las ha tenido en cuenta. Pero constituye precisamente la tarea de la dogmática sistematizadora su integración resumida en (a teoría de la imputación objetiva y su referencia básica al fundamento penal de la participación.

BrxJV<sup>(54)</sup> ha anunciado tener «ciertas reservas contra la concepción de ROXIN... según la cual la participación, como ataque accesorio al bien jurídico, no debiera ser explicable exclusivamente desde el principio de accesoriedad». Si bien este autor opina: «Ciertamente debe darse la razón a Roxin en la medida en que el concepto por él acuñado del 'ataque accesorio al bien jurídico' es de lo más idóneo como cifra para las estructuras preponderantes de imputación que fundamenta la punibilidad del partícipe». Y ELOY también está de acuerdo conmigo en la diferenciación «entre elementos que el partícipe debe realizar en su propia persona y aquellos que le son imputados

<sup>(53)</sup> Comp. sobre los últimos grupos de casos especialmente también FKISCH, igual que nota 41, p. 333 y ss., 295 y ss.

<sup>(54)</sup> Igual que nota 13, p. 253, 252, sobre mis anotaciones acerca del fundamento penal de la participación en la 10<sup>a</sup> ed. del Leipziger Komm. art. 26, n. marg. 1 y ss.

508

ejercerían ambos un «ataque al mismo bien jurídico». «Pero si se trata de un presupuesto de imputación, no puede designarse con ello especialmente el injusto de la participación».

Frente al consenso existente, esto es en el fondo más bien una disputa sobre palabras, pero sirve para aclarar las cosas. Evidentemente también el autor doloso practica un ataque al bien jurídico. Cuando se exige al partícipe un *propio* ataque al bien jurídico, solamente se afirma que el ataque del autor no siempre es un ataque al bien jurídico del cooperador accesorio. Entonces, la exigencia de un propio ataque al bien jurídico dice solamente que en el injusto de la participación hay elementos accesorios y no accesorios. Pero esto no puede discutirse si se siguen mis resultados. Con esto habríamos concluido este trabajo realizado con el afectuoso reconocimiento de siempre por el 70mo. cumpleaños de los muy apreciados colegas Walter Stree y Johannes Wessels, ¡los grandes promotores de la dogmática penal!

509

# 1

(\*1 Título original; «**Organisationsherrschaft** und Taientgeschlossenheit»), próxima publicación en junto 2006 en el L.-H. a F.-C. Schroeder, p. 385 y ss.

## I. EL DESARROLLO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN HASTA 1994

El «dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder» constituye hoy en día un tema central de discusión en la teoría de la autoría. Como forma de aparición de la autoría mediata, esta teoría fue

desarrollada en los años sesenta del siglo pasado, por primera vez por Friedrich-Christian SCHROEDER, el apreciadísimo homenajeado, y por el autor de esta contribución hecha en su honor. El punto de partida fue mi clase inaugural en Göttinga el 05 de febrero de 1963<sup>(1)</sup>. La idea central radicaba en que en casos como los que eran materia del caso Eichmann, que en ese entonces se estaba ventilando en Jerusalén, la autoría mediata «se basa en la especial forma de actuación del aparato que está a disposición de los hombres de atrás. Tal organización desarrolla una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros. Ella funciona de todos modos, de manera 'automática', sin importar la persona individual del ejecutante»<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», publicado en *GA* 1963, p. 193 y ss. El que todavía en ese entonces tal toma fuera considerado como un asunto político, puede verse en el hecho de que la revista «Juristenzeitung» hubiera rechazado anteriormente su publicación; aquella fue la Única vez que ocurrió algo semejante en toda mi carrera de jurista y escritor. El texto pasó luego a conformar, en *STS* partes esenciales, el capítulo 24 de mi trabajo de habilitación «Täterschaft und Tatherrschaft», 1ra. edición en 1963, 7ma. edición en 2000, p. 242 y ss. [n. d. t.: la traducción española, basada en la 7ma. edición alemana, se titula «Autoría y dominio del hecho en Derecho penal», Madrid, 2000; la octava edición alemana aparecerá a mediados de 2006],

<sup>(2)</sup> *GA* 1963, p. 200.

513

DiimimoiltlaorgaiizaciÚQ y resolución ;il hecho

En su libro publicado dos años más tarde («Der Täter hinter dem Täter», 1965), SCHROEDER concordó conmigo en el resultado (la admisión de una autoría mediata) y profetizó a mi construcción «debido a su cautivante



simpleza y su limpia clasificación sistemática... una considerable influencia»<sup>13)</sup>. Pero él siguió otra vía de fundamentación, apoyando la autoría mediata en el empleo de alguien que estaba condicionalmente decidido a cometer el hecho<sup>14)</sup>. «Se presenta tal aprovechamiento cuando la ejecución de la intención solamente depende de una condición que lleva a cabo el hombre de atrás ... Con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero».

En las décadas posteriores se ha impuesto ampliamente en la literatura el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder; la figura jurídica también ha jugado un papel en el extranjero en el juzgamiento de la junta de militares en la Argentina<sup>51)</sup>. No obstante, en la praxis jurídica alemana no fue aplicada esta figura pese a que hubiera podido muy bien recurrirse a ella en el juzgamiento de los crímenes violentos del régimen nacionalsocialista. Pero, su inobservancia en el juzgamiento de los delitos cometidos durante la Posguerra en la Alemania occidental, se correspondió plenamente con mi tesis de que el dominio de la organización presupone un aparato que, en la realización de tipos penales, se haya separado en su totalidad del Derecho, de tal manera «que la forma estructural del dominio de la organización apenas puede presentarse en la práctica en el marco de una comunidad intraestatal regulada por el Estado de Derecho»<sup>16)</sup>. Después de todo el Tribunal Federal Alemán [en adelante: TFAo, por

<sup>13)</sup> «Der Täter hinter dem Täter», 1965, p. 167 y s.

<sup>41)</sup> «Der Täter hinter dem Täter», 1965, p. 168; en la cita que sigue; p. 150.

<sup>51)</sup> Comp. las refs. en Rosis, «Täterschaft und Tatherrschaft», 7ma. ed. (2000), p. 77 y s., n. marg. 78, notas 449, 450 [en la edición española: p. 724, notas 449 y 450].

<sup>16)</sup> «Täterschaft und Tatherrschaft», Ira. y 7ma. eds. (1963-2000), p. 252.

responsabilidad jurídica del actor» (sentencia del BGH, colección penal, tomo 35, p. 353).

II. EL ÉXITO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

(SENTENCIA DEL BGH, TOMO 40, P. 218)

El gran cambio se produjo en 1994 con una sentencia de la 5ta. Sala penal del TFA (sentencia del BGH, colección penal, tomo 40, p. 218). El TFA condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la fenecida República Democrática Alemana como autores mediatos de los disparos dolosos contra los fugitivos que cruzaron el «Muro», pese a que se consideró como autores inmediatos plenamente responsables a los soldados de frontera de la RDA que habían realizado los disparos mortales. En la fundamentación, el Tribunal recurre a los planteamientos que SCHROEDER y yo habíamos desarrollado hace 30 años<sup>17)</sup> y cuyas tesis principales ya han sido citadas arriba.

Mi idea de la forma de actuación del aparato criminal que posibilita la realización del tipo de manera casi automática, reaparece en las formulaciones del TFA que ahora ya pueden ser vistas como «clásicas»: «Pero existen grupos de casos en los cuales, pese a un intermediario del hecho, que actúa de manera plenamente responsable, la contribución del hombre de atrás lleva casi de manera automática a la realización del tipo que este hombre de atrás pretende. Ello puede ocurrir cuando el hombre de atrás, mediante estructuras organizativas, se aproveche de determinados contextos, dentro de los cuales su contribución hacia el hecho desata cursos regulares» (sentencia del BGH, colección penal, tomo 40, p. 236) [traducción libre]. Pero el TFA incluye a continuación también el planteamiento de SCHROEDER cuando dice

<sup>17)</sup> Comp. al respecto mis observaciones en JZ 1995, p. 49 y el artículo de SCHROEDER «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis», JR 1995, p. 177, en el cual, unilateralmente, acoge el fallo del TFA a favor de su teoría.

incondicional del actor inmediato a completar el upo ... será autor en la forma de autor mediato»<sup>(H)</sup>.

Mientras que el TFA trabaja con los primeros argumentos expuestos sin hacer citas, invoca luego a SCHROEDEK para la consideración adicional de que el rechazo de una autoría no haría justicia «al peso objetivo de la contribución presuada por el hombre de airas, sobre todo porque, con frecuencia, la responsabilidad no disminuye sino aumenta con la mayor distancia que se tenga del lugar de los hechos». Por cierto que esta consideración había sido expuesta primen) por el Tribunal Regional de Jerusalen en el caso Eichmann, y yo la había citado, aprobándola, en mi primer trabajo sobre el tema<sup>9)</sup>: «La magnitud de la responsabilidad crece, más bien, mientras más se aleje uno de aquél que maneje el arma asesina con sus propias manos, y llegue a los niveles de mando más elevados ...».

### III, EL DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN DESDE EL FALLO DEL TFA

Desde entonces la literatura sobre el domino de la organización ha alcanzado una amplitud casi inabarcable<sup>111)</sup>. Pero en ello, la relativa

<sup>111)</sup> Ciertamente el TFA habla de una «disposición incondicional- mientras rme SCHROEDGR se basa en una «resolución condicionada hacia el hecho». Pero SCHROEDER aclara acertadamente que con esta condicionalidad él habría querido «solamente referirse a la pendiente producción de la resolución hacia el hecho que por lo demás ya había sido tomada, para lo cual sería suficiente, en esencia, con que se dé una señal de que el hombre de atrás va a enerar en acción» (JR 1995, p. 179).

<sup>10)</sup> GA 1963, p. 202, También SCHKUI-IIKK se refiere, en el lugar mencionado por el BGH («Der Täter hinter dem Täter», I«65, p. 167; en el fallo del TFA se cifa erróneamente la página 166), expresamente al fallo de Jerusalén y menciona mi toma de posición favorable.

<sup>m)</sup> Me voy ahorrar hacer una cita detallada de todas las contribuciones remitiendo al lisiado de la literatura más importante que he hecho en el lomo 2 de mi manual «Strafrechl. Allgemeiner Teil», 2003, § 25, p. 105 y ss., así como en la 8va, edición de mi libro «Täterschaft und Tatherrschaft».

516

obsoletas. No solamente se defiende otra vez y con insistencia, además de la autoría mediata, la admisibilidad de una coautoría o una inducción por parte del hombre de atrás; también se exponen una y otra vez nuevas variantes de fundamentación para admitir una autoría mediata, y, al mismo tiempo, van en aumento los análisis críticos de los criterios originariamente desarrollados por SCHROEDER y por mí.

En el marco de un trabajo de magnitud limitada como el presente no es posible acoger la discusión actual en toda su extensión<sup>(1) /1</sup>. Por ello, las soluciones de la coautoría y la inducción van a ser tratadas resumidamente, mientras que el mayor peso de mi exposición va a centrarse en las opiniones divergentes sobre la fundamentación de una autoría mediata y el desarrollo de los esfuerzos posteriores que he hecho para sostener esta solución. Esto se justifica no solamente por el motivo actual del Libro-Homenaje, que busca obviamente un constructivo intercambio de opiniones con el homenajeador (llegando a incluir su propuesta de soluciones dentro de mi propia concepción), sino también por el estado actual del debate científico. Y es que, pese al compromiso con el cual se defienden las tesis de la coautoría y la inducción, no puede pasarse por alto que la admisión de una autoría mediata, defendida primeramente por SCHROEDER y por mí para constelaciones de tal tipo, es la que hasta hoy en día tiene, de lejos, la mayor cantidad de partidarios.

Para citar solamente dos comentarios representativos: para SCHÓNKE/SCHRÓDER/ CRAMER/ HEINE\*<sup>1-1</sup>, «en tanto se trate de aparatos organizados de poder que se hayan separado, como un todo, de las normas del Derecho, debe seguir rigiendo la autoría mediata» [tra-

<sup>111)</sup> Comp. al respecto mis exposiciones señaladas en la ñola 10, en las cuales también eito otros trabajos míos sobre el tema.

<sup>(1-></sup> SCHÓNKK/SCHRÓDEK/CRAMKR/HKIM:., StGB, 26ta. edición, 2001, § 25, n. marg. 25a.

517

Dominio de la organización y resolución ¿I hecha

unanimidad a la que se había llegado en las décadas anteriores, con el discurrir de la discusión ha cedido a una maraña de divergentes posiciones que han procurado alguna validez incluso a soluciones aparentemente

Dominio di' l.i iirgiiiiiy.adóii y resolución ;il hecho

ducción HbreJ. YJoECKS<sup>(11)</sup> dice en el Münchener Kommentar [Comentario Muniqueés]: «El dominio del hecho a través de 'aparatos organizados de poder' se presenta como una tercera forma autónoma de la

autoría mediata. Ella es el prototipo para una constelación del 'autor detrás del autor' y ha sido ampliamente reconocida en la literatura y la jurisprudencia. Pocas voces se alzan en contra de esta construcción» [traducción libre]. Y también las tres monografías ahora existentes el tema de LANGNEFF (2000)<sup><U1></sup>, SCHLÖSSER (2002, publicada en 2004) <sup><15></sup> y URBAN (2003, publicada en 2004)<sup>111</sup>, pese a todas sus divergencias en lo particular, coinciden en partir de la admisión de una autoría mediata en los casos de dominio de la organización.

#### IV. LA SOLUCIÓN DE LA COAUTORÍA

Pese a que renombrados autores postulan esta solución<sup>171</sup>, es posible comprobar lo siguiente: no se da ninguno de los presupuestos para admitir una coautoría entre el dador de la orden que se encuentra en la central de un aparato de poder y el ejecutante situado «en el lugar de los hechos» (p. ej., en los casos de asesinatos en campos de concentración o los tiradores del Muro).

<sup><H></sup> M/£Joecks, § 25, n. marg. 123.

"" Kacja LAXOXEFF, «Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hinternännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug», 2000.

"" Jan ScHLßSr.K, «Soziale Täterschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten», 2004.

<sup>(11)</sup> Carolin URBAN, «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», 2004.

"" A favor de la coautoría, BAUMAXX/ Wl.HKR/ MITSCH, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 1ra ed., 2003, § 29, n. marg. 147; JAKOBS, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», 2da. ed., 1991, cap. 21, n. marg. 103 y nota 190, 191; el mismo autor en *NSZ* 1995, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, «Lehrbuch des Strafrechts», 5ta. ed., 1996, p. 670; OTTO, «r.rundkurs. AT», 7ma. ed., 2004, § 21, n. marg. 92; el mismo autor, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», *Jura* 2001, p. 753 y ss.

518

invocada por Oiro<sup>181</sup>, no es suficiente para ello. Yes que, en la medida en que se pueda siquiera hablar de ello frente a una motivación acaso totalmente distinta del ejecutante, también puede presentarse tal identificación en la relación del inductor o del cómplice con el autor. Y el argumento de JESCHECK/WnGEND<sup>(19)</sup> sobre la consciencia, de que los hechos «deben ser emprendidos siguiendo las indicaciones de la dirección», solamente puede transmitir la idea de que se tenga que ejecutar una orden, pero no fundamentar una resolución conjunta. La autoría se basa en la «obligación» recíproca y no en la sola vinculación unilateral del que recibió la orden. Falta la posición de igual rango en la toma de decisión, tal como es característica de la coautoría. El que el dador de la orden y el ejecutante, por regla general, ni siquiera se conozcan, y que tampoco se vayan a conocer alguna vez, hace que la admisión de una resolución conjunta aparezca como una ficción<sup>(20)</sup>.

Pero falta también una ejecución conjunta del hecho. Yes que quien da la orden, no actúa para nada en la ejecución, ni siquiera hace una contribución al hecho en la etapa de la preparación. Esto no es suficiente para una comisión conjunta, ni siquiera después de la jurisprudencia que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. En caso contrario, podría sostenerse sin problemas incluso la coautoría del inductor. La coautoría es, según el reconocimiento general, una actuación conjunta con división de trabajo.

<sup><H></sup> Otro, *Jura* 2001, p. 759.

<sup>(19)</sup> JESCHECK/WEIGEND, «Lehrbuch», 5ta. ed., p. 670.

<sup><21></sup> Tampoco se puede renunciar a una resolución conjunta, tal como pretende JAKOBS («Strafrecht. AT», 2da. ed., cap. 21, n. marg. 43), pues ésta es un presupuesto de la «comisión conjunta» tal como exige el legislador en el art. 25, segundo párrafo del StGB. Cyp., por lo demás, sobre esta concepción que también es defendida por algunos de los discípulos de Jakobs, en Roxix, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», tomo 2, 2003, § 25, n. marg. 249 y ss.

519

Dominio de la organización y resolución del hecho

No se presenta una resolución conjunta a cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una decisión común, acordada entre los coautores. La «identificación en el objetivo común», que es

Dominio de la organización y resolución del hecho

{'ero aquí no se puede hablar de eso porque el hombre con la palanca del poder no quiere ensuciarse las manos y deja que otros hagan el «trabajo»<sup>(vi)</sup>.

#### V. LA SOLUCIÓN DE LA INDUCCIÓN

Más lógica que la autoría parece ser la admisión de una inducción, que, en los últimos años, ha encontrado nuevamente comprometidos defensores en Hr,RZBERG<sup>(22i)</sup> yRoTSCH<sup><ii3i</sup>. Yes que, después de todo, esta solución podría armonizar con el tenor del art. 26 StGB (determinación dolosa a un hecho doloso y antijurídico}<sup><i4i</sup>). Pero ella contradice el peso que tienen la orden y la ejecución de la orden en aparatos de poder que trabajan fuera del Derecho.

<3m También se manifiestan, de manera decidida, en contra de la coautoría las nuevas monografías de SCHLOSSER y UIÍBA.V Para SCHLÖSSEH (como en la nota 15, p. 363), la presencia de una autoría mediana, que él afirma, excluye «la posibilidad de una coautoría entre el hombre de atrás y el hombre de delante». Para URBA\ (como en la nota 16, p. 45), «en relación con las constelaciones clásicas de órdenes, en las cuales se manifiesta la soberanía de mando de instancias superiores, tal como es típico de los aparatos organizados de poder, se excluye la coautoría ... como solución adecuada».

'-'"> HKK/HEK<;, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en: Amelung (ed.). «Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft», 2000, p. 33 y ss. Ver la réplica de ROXIN, ibídem, p. 55 y s., y la duplica de HKKXKKKC, ibídem, p. 57 y ss.

<-s) ROTSÍH, «Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft», *ZStWlZ*, 2000, p. 518 y ss.; el mismo autor, «Neues zur Organisationsherrschaft-», *ASiZ*2005, p. 13 yss.

(-4i A favor de la inducción, también, KÓHLKR («Strafrecht. ATX 19!»), p. 510). pero en su caso ello se debe a que él limita una autoría mediata, desde el principio, a casos en que se produzcan en el intermediario errores sobre hechos y causas de justificación. Al respecto, ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», 7ma, ed., 2000, p. 649 y ss. También RJ;VIKOWSKI defiende la solución de la inducción RK.VJKOWSKI en «Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung», 1997, p. 87 y ss, RtnZiKOWSKI] basa su concepción en su entendimiento del principio de autonomía; al respecto ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», 7ma, ed., 2000, p. 664 y ss.

520

Un inductor no está en el centro de la decisión. Él produce la resolución hacia el hecho pero tiene que dejar en manos del inducido el ulterior desarrollo de los hechos, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina los acontecimientos. En el dominio de la organización esto es precisamente al revés: el hombre de atrás que está ubicado en la palanca del poder es quien decide sobre el «si» del hecho, mientras que el ejecutor inmediato, mayormente, sólo de manera casual cae en la situación concreta de la acción. Éste ya no puede cambiar nada que sea esencial en el curso de los acontecimientos predeterminado por el aparato; en todo caso, solamente podría modificarlo. Incluso el negarse a ejecutar la orden, por regla general, no ayudaría en nada a la víctima porque, en ese caso, las bases de la organización, usualmente, van a asegurar que la orden sea ejecutada de todos modos.

Entonces, el hombre de atrás tiene, de lejos, et más grande «poder del hecho» y «dominio de la configuración», tal como ya había reconocido el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso Eichmann. Las relaciones de dominio se invierten por completo cuando se considera al esbirro particular como actor principal y a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno. Este diagnóstico es tan evidente que incluso los defensores de la solución de la inducción apenas pueden negarlo. Pero cuando HERZBERG<sup>^</sup> declara: «Tiene que abandonarse por completo el intento de determinar la autoría a través del poder real de dirección», con ello está abandonando la teoría del dominio del hecho como lo que es. HERZBERG califica de «facticista» el hecho de centrarse en un poder real de dirección, y opone a esto un entendimiento normativo de la autoría que, supuestamente, hace que el organizador aparezca como un simple inductor.

Pero la misma idea del «dominio del hecho» es un principio normativo rector que se manifiesta de distintas formas y que, no obstante, no debe separarse obviamente de la base fáctica correspondiente a la imagen rectora. En cambio, si uno se empeña en que la «autonomía» del actor inmediato excluya un dominio del hecho del hombre

Como en la nota 22, p. 48.

521

El dominio de la organización y resolución al hecho

de atrás, entendido normativamente, se violan con ello las circunstancias reales para favorecer un dogma distorsionador de la realidad.

#### VI. ¿AUTORÍA MEDIATA COMO RELACIÓN DE DOS PERSONAS O COMO DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN?

Con ello estamos ante el problema de fundamentar una autoría mediata de los hombres de atrás, la cual todavía no puede resultar sin más de un rechazo de la coautoría y la inducción. A favor de una autoría mediata de los hombres de atrás pueden esgrimirse dos posibles fundamentaciones de distinta firmeza<sup>61</sup>. Por un lado, se puede concebir la relación entre hombre de atrás e intermediario del hecho como una pura relación de dos personas, e intentar probar algún déficit de la autonomía en el ejecutante, que permita atribuir al hombre de atrás un dominio del hecho de mayor nivel. O se puede ver al aparato organizado de poder como verdadero instrumento del hecho, compuesto por un gran número de personas que, gracias a la forma estructurada de actuar del aparato de poder, garantiza la producción del resultado con tan alto grado de probabilidad que se puede hablar de un dominio del resultado a través del hombre de atrás, independientemente de la diferente situación individual que pueda tener cada uno de los actores.

Mi tesis es que, para fundamentar una autoría mediata, solamente resulta transitable la segunda vía<sup>61</sup>. Como criterios de la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder se hacen valer diferentes circunstancias; para mí, se trata de la «fungibilidad» del ejecutor inmediato y el «apartamiento del Derecho» de la actividad de la organización; para SCHROEDER se trata de la resolución (condicio-<sup>62</sup>) Comp. también SCHLOSSER (como en la nota 15, p. 76 y ss.) quien, de manera parecida pero sin llegar a consecuencias totalmente idénticas, diferencia entre «dos corrientes básicas».

61- En este sentido también BLOTT. «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tатаausführung», *GA* 1996, p. 424 y ss. (440 y ss.); igualmente LANGHEFF, 2000, como en la nota 14, p. 92 y ss.

522

Dominio de la organización y resolución al hecho

nal o incondicional} del ejecutante hacia el hecho<sup>63</sup>. Es muy discutible ya la cuestión de si los resultados resumidos a través de estos elementos resistirían un análisis empírico. Pero si uno se basara en ellos -su corrección será tratada más adelante-, se tendrá que reconocer que no posibilitan un dominio del ejecutante inmediato.

Así, RENZISÓWSKI<sup>64</sup> me concede sin más una «posibilidad garantizada» de la realización típica gracias a la intercambiabilidad del actor inmediato. Pero me objeta que «las acciones hipotéticas de terceros» no puedan fundamentar un dominio del actor inmediato. Esto es correcto desde la perspectiva de una relación de dos personas<sup>65</sup>. E igualmente es cierto que el apartamiento del Derecho de un aparato regido por objetivos criminales no trae consigo sin más un dominio del ejecutor que actúe concordantemente con estos objetivos.

No pasa nada distinto con el criterio de SCHROEDER de la «resolución hacia el hecho» por parte del ejecutor. Por más grande que sea esta resolución, esto no cambia para nada el hecho de que no atenúa el dominio del ejecutor. Por el contrario, casi se podría decir que mientras más decidido esté, desde el principio, el ejecutor, menos necesario será que el hombre de atrás ejerza dominio. Lo correspondiente rige para el criterio desarrollado por HEINRICH<sup>66</sup> de la «inclinación típicamente organizativa al hecho». Y es que la «renuncia potencial a decidir» por parte del ejecutor que se deduce de ello constituye, una vez más, un resultado de su libre decisión. Si bien, en casos particulares, pueda presentarse un dominio de la coacción o del error por parte del hombre de atrás, sin embargo ya este dominio fundamenta, por sí solo, una autoría mediata y hace superfluo referirse a las condiciones especiales de un dominio de la organización.

62- Comp. más detalles arriba en 1.

63- Como en la nota 24, p. 89.

También desde esta perspectiva se basa el argumento central de Orro contra una autoría mediata; ver, como en la nota 17, infra 2001, p. 757.

64- Manfred HEINRICH, »Rechtsgutszugriff und Entscheidungsfähigkeit«, 2002, p. 271 y ss. (273).

523

Pero las cosas loman otro cariz cuando se ve que el dominio sobre la realización típica es intermediado no a través de una sola persona aislada, sino a través de la forma de funcionamiento de todo un aparato. Entonces, el dominio sobre el resultado radica en que el hombre de atrás dador de la orden, a través del aparato a su alcance, produce el resultado con mucha mayor seguridad que alguien que se esfuerce por inducir o que incluso tenga un dominio de la coacción o del error. Esta idea se encuentra ya en la expresión de «automatismo» de los cursos puestos en marcha, tal como empleara en mi primera publicación sobre el tema, y que el TFA asumiera y completara a través de una correcta observación: «... al emplear instrumentos bajo error o inculpables, 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»<sup>(iii)</sup> [traducción libre]. Pero exactamente esta misma reflexión ha guiado también a SCHROEDER cuando él, aunque con una fundamentación divergente, justifica la autoría mediata, que él igualmente admite, por el hecho de que aquí desaparecería «la inseguridad del hecho que es típica en el partícipe» (comp. arriba I).

#### VII. LA FUNGIBILIDAD EN EL MARCO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Bajo tal punto de vista, también obtienen otro peso los criterios expuestos a favor de una autoría mediata. Esto rige primeramente para el carácter fundamentador del dominio que tiene la fungibilidad. La objeción, justificada cuando se trata de una relación aislada entre dos personas, en el sentido de que se estaría utilizando de manera vedada un curso causal hipotético, se resuelve cuando se observa que la seguridad del resultado aumenta enormemente por el hecho de que la organización cuenta con muchos esbirros dispuestos y que, entonces, la ausencia de uno de ellos -por cualquier causa- no puede hacer peligrar la ejecución de la orden. Esto también es indirectamente admitido por aquellos autores que se muestran escépticos frente al criterio de la fungibilidad, pues ellos ven la autoría del hombre de atrás transmitida únicamente por el

<sup>w1</sup> Sentencia del BGH, colección penal, tomo 40, p.

p. 236 y s.

Dominio de la organización y resolución: el mediador

ejecutor inmediato. Esto se va a demostrar tan solo en las dos monografías más recientes sobre el tema<sup>(33)</sup>. Así, SCHLÖSSER<sup>(iii)</sup> fundamenta el «dominio social del hecho» del hombre de atrás, que él postula en la actividad delictiva de las organizaciones, entre otras cosas a través de «la experiencia de la intercambiabilidad de uno mismo» que debe verificarse en el ejecutor. Y URBAN, quien objeta al criterio de la fungibilidad el que no transmita «el control sobre los ejecutores»<sup>(34)</sup>, dice por otro lado<sup>(35)</sup>: «... mientras más fácil sea para el colectivo la sustituibilidad del subordinado, o sea, mientras menos importe éste, más se empeñará, por regla general, por actuar de conformidad con la dirección para escapar a su sustitución» [traducción libre]. Y, de manera todavía más clara<sup>(37)</sup>: «Mediante la forma autoritaria de funcionamiento del sistema se mantiene relativamente bajo el riesgo de una desobediencia. Y si alguien se resistiera alguna vez, el sistema tiene suficientes reemplazantes y, debido a los influjos represivos, no todos pueden negarse igualmente a cumplir con la orden» [traducción libre]. Pero si incluso el reflejo de la propia intercambiabilidad en la psique del ejecutor es esgrimido como circunstancia fundamentadora del dominio, ¿con más razón debería la fungibilidad real constituir una circunstancia fundamentadora del dominio!

SCHROEDER<sup>(iiii)</sup> ha hecho la objeción adicional de que no podrían intercambiarse a aquellos especialistas indispensables para ejecutar los hechos, pese a lo cual, los hombres de atrás serían de todos modos autores mediatos. Pero con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización que está hecha a la medida del «automatismo» descri-

(33) Véase [bajo de LAXGXLPP (como en la nota 14), por el contrario, ve en la fungibilidad el criterio decisivo. La autoría mediata a través de dominio de la organización presupondría «la existencia y el aprovechamiento consciente de un aparato de poder estrictamente organizado y la fungibilidad del ejecutor», p. 157.

<<sup>34</sup>> Como en la nota 15, p. 333. <<sup>35</sup>> Como en la nota 16, p. 143. <<sup>36</sup>> Como en la nota 16, p. 164.

<<sup>37</sup>> Como en la nota 16, p. 187. <<sup>38</sup>> Como en la nota 3, p. 168.

lo y, por regla general, también para un gran número de delitos que discurren bajo el mismo esquema. Cuando el servicio secreto tiene que contratar a un especialista, quien es el único capaz de ejecutar determinado delito, ya desde el principio no puede desarrollarse la forma específica de actuación de la organización. También un autor individual podría contratar a tal especialista. Luego, en tanto no se ejerza la presión coaccionadora relevante según el art. 35 StGB, solamente puede haber una inducción<sup>139j1</sup>. Pero con ello solamente se ha probado que no todos los delitos motivados por una organización criminal fundamentan eo ipso una autoría mediata del que es motivado. Sin embargo, yo nunca he afirmado esto. Para escoger un ejemplo realista, cuando una organización criminal sobre una base social y sin ninguna coacción, encarga a un taller que no pertenece a la organización que le proporcione pasaportes falsificados, esto no es una autoría mediata, sino la inducción a una falsificación documental. Pero con ello no se relativiza sino se remarca la importancia de la fungibilidad del ejecutante para una autoría mediata, en el marco de aparatos organizados de poder. Por último, se hace valer contra el criterio de la fungibilidad el que el ejecutor inmediato podría salvar y dejar escapar a la víctima, de tal manera que él sería el único que tendría el dominio sobre la producción del resultado, con lo cual no podría hablarse de ninguna fungibilidad\*<sup>401</sup>. Pero en los asesinatos masivos en los campos de concentración, que yo tuve primeramente a la vista en el desarrollo del dominio de la organización, el trabajador particular apenas si hubiera podido impedir la muerte de las víctimas negándose a ejecutar la orden o permaneciendo inactivo. En el caso de los tiradores del Muro, que HERZBERG también toma como ejemplo, a primera vista parece (W) por lo demás, SCFIBOEIIEER no es contrario al criterio de la fungibilidad. El solamente ve como circunstancia decisiva «el que, a través de la intercambiabilidad, pueden conseguirse, en cualquier momento, instrumentos dispuestos a realizar el hecho. Luego, la intercambiabilidad solamente constituye un medio para conseguir el dominio del hecho mas no su fundamento básico». Sin embargo, esto me parece que es más una discusión sobre palabras, ""\*"" Así, de la manera más enfática, HER/HKW;., como en la ñola 22, p. 37 y ss.

que hubiera ocurrido algo distinto<sup>1411</sup>. ¿Acaso no hubiera podido el soldado de frontera simplemente disparar hacia uno u otro lado o hacerse de la vista gorda? Pero eso no ocurre, por regla general, en tales constelaciones de casos. Y es que cuando un régimen adopta medidas organizativas destinadas a impedir la «fuga de la república», en caso necesario, incluso matando a tiros a los fugitivos, ello no se hace de tal manera que se permita escapar a cualquiera sin problemas y sin que nadie se dé cuenta. Una organización como ésa no podría funcionar. Más bien se tiene que crear un sistema de vigilancia mutua de los vigías, tal como también ocurrió en la RDA. Y si alguna vez, dado que los disparos despendían en última instancia «de las manos de pocos soldados»<sup>(42)</sup>, pese a todo alguien pudo escapar debido a la inactividad sabotadora de soldados de frontera (habría que aclarar si tal caso ocurrió alguna vez), desde la perspectiva de los detentadores del poder, ello constituyó una «avería». Pero tal falta de funcionamiento es mucho más rara en una organización criminal que cuando se emplean instrumentos sin culpabilidad o bajo error; casos en los que nadie pone en duda que se presente una autoría mediata por el hecho de que, en los casos particulares, pueda fracasar una tentativa. Pese a todo, una comparación de los asesinatos masivos del régimen nazi con los casos de los tiradores del Muro muestra que, en las organizaciones delictivas, la fungibilidad puede estar formada de la manera más diferenciada, de modo que es aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio. Esto se va a tratar de manera más detallada más abajo (IX).

#### VIII. LA NECESIDAD DEL APARTAMIENTO DEL DERECHO DEL APARATO DE PODER

El segundo criterio que yo utilizo para fundamentar la autoría mediata, el «apartamiento del Derecho» [o marginalidad jurídica],

<sup>(41)</sup> LANI;XL:FF (como en la nota 14, p. 151 y s.), quien acoge el criterio de la fungibilidad, también rechaza aquí una autoría mediata. <sup><4S></sup> LAM;M-:FF (como en la nota 14), p. 151. 527

recién alcanza su importancia central cuando se ve, en primer lugar, no al último de la cadena de ejecutores, sino al aparato mismo (es decir: su estructura personal) como garante del resultado. Si bien también este criterio es discutible<sup>43</sup>, casi se vuelve un sobreentendido, bajo una perspectiva basada en el dominio del resultado, cuando se descartan dos malentendidos. En primer lugar, el aparato de poder, naturalmente, no tiene que haberse separado del Derecho en todos los aspectos, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la RDA e incluso del Estado nazi, en muchos ámbitos, se ha movido dentro del Derecho vigente; pero los ámbitos de actividad de «impedir la fuga de la república mediante disparos» o, para nombrar solamente el caso más terrible, «la solución final de la cuestión judía», caracterizan actividades totalmente apartadas del Derecho. Y en segundo lugar, para el apartamiento del Derecho no importa la perspectiva del sistema anterior, sino la evaluación jurídica actual. Luego, los homicidios del Muro eran acciones separadas del Derecho, aún cuando el Ejecutivo de la RDA hubiera podido tener una concepción distinta sobre ello. Por supuesto que los asesinatos masivos del régimen nazi también hubieran sido hechos apartados del Derecho incluso si la dirección estatal de entonces las hubiera ordenado «legalmente».

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones resulta evidente que el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder constituye un presupuesto necesario para el dominio del hecho de los hom-

<sup>(13)</sup> En contra, AMBOS, «Tatherrschaft und Willkürherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», *GA* 1998, p. 22 ff. (241 y ss.); ROTSCH (como en la nota 23), *ZStW* (2000), p. 518 y ss. Más detalles al respecto en mi discusión con Ambos en: «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en: L.-H. a Grünwald, 1999, p. 549 y ss. (556 y ss.). A favor del criterio del apartamiento del Derecho, con énfasis: FICHTNER, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El 'dominio de la organización'», en: Ferré Olivé/ Anarte Bonillo (eds.), «Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos», 1999, p. 99 y ss.; URBAN (como en la nota 16, p. 151): «Así, tanto la presencia de un sistema organizado siguiendo el principio del mando, como también su apartamiento del Derecho, son condiciones sin las cuales no es imaginable un dominio de la organización».

bres de atrás. Si p. ej. hubiera estado prohibido, de manera general, matar a los fugitivos del Muro y si ello hubiera sido solamente resultado de las órdenes dadas por funcionarios que actuaron por cuenta propia, tales hechos hubieran sido acciones particulares y hubieran tenido que ser tratadas siguiendo las reglas de la inducción y la autoría. En tal caso, el soldado de frontera hubiera podido, en cualquier momento, negarse a obedecer amparándose en la legislación de la ROA y en la práctica correspondiente a esta legislación. Lo mismo rige para las acciones de exterminación masiva de los nazis, que no se hubieran podido producir nunca si solamente se hubiera tratado de actos particulares y si no hubiera existido un gran aparato encargado de trabajar sistemáticamente para llegar a este objetivo previendo todos sus detalles. Entonces, el sistema (o una parte del sistema de un Estado) tiene que trabajar delictivamente como un todo («apartándose del Derecho») si quiere que las órdenes de los hombres de atrás tengan la seguridad del éxito que fundamenta una autoría mediata.

Aquí también radica el motivo decisivo por el cual apenas puede tenerse en cuenta una autoría mediata de aparatos organizados de poder en el caso del actuar delictivo dentro de empresas económicas<sup>144</sup>. Las empresas económicas trabajan generalmente dentro del marco del Derecho vigente<sup>(40)</sup>, de tal manera que la comisión de delitos, por regla general, no es cuestión de la organización, sino de cada uno de sus trabajadores, quienes tampoco hacen conocer su actividad, sino la ocultan de los órganos de control interno. Aquí deben aplicarse las reglas generales vigentes de la autoría y la participación. El parecer del TEA (en la sentencia del tomo 40, colección penal, p. 237) de que «también el problema de la responsabilidad en la actividad de empre-

<sup>144)</sup> A este resultado llegan también las nuevas monografías que se ocupan, de manera especial, de un posible dominio de la organización en el marco de empresas económicas. BOSCH («Organisationsverschulden in Unternehmen», 2002, p. 252) constata «que no se puede fundamentar una autoría general de la dirección del negocio con ayuda de la figura jurídica del dominio de la organización». U KHAN (como en la nota 16, p. 260) llega a resumir: «Por lo general irracional» la aplicabilidad del dominio de la organización a empresas económicas».

(13) pueden haber excepciones en el ámbito de la criminalidad organizada.



^clflorganizacirtiiyi-ooludí-!! ;il ;

sas económicas» podría solucionarse con ayuda del dominio de la organización, lleva por el camino equivocado, al igual que la jurisprudencia ulterior que se ha basado en ello<sup>(461)</sup>.

K. LA DISPONIBILIDAD HACIA EL HECHO ESPECÍFICA DE LA ORGANIZACIÓN COMO TERCER CRITERIO DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

No obstante -a diferencia de lo que había opinado originariamente- me parece que con los dos criterios de la «fungibilidad» y el «apartamiento de Derecho» todavía no se han caracterizado, en toda su extensión, las circunstancias en las cuales se basa el dominio del hecho de los hombres de atrás. Todavía tienen que agregarse circunstancias que pueden resumirse muy bien bajo el concepto utilizado por SCHRODER de la «resolución al hecho» o, como dice HEINRJCH, la «inclinación típicamente organizativa al hecho»<sup>171</sup>. Yes que aquél que ejecuta el último acto realizador del tipo, en un aparato de poder organizado y apartado del Derecho, está bajo otra situación que un autor particular abandonado a su suerte. El primero está sometido a una serie de influjos que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que esté «más dispuesto al hecho» que cualquier delincuente potencial y que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás.

Son variadas y, en parte incluso muy diferentes, las circunstancias que aquí entran a tallar<sup>^</sup>. La pertenencia a la organización, ya por sí

<sup>(461)</sup> Por razones de espacio, no se puede tratar más este lema. No obstante, remito a mi trabajo «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung», en: Roxin/Windmaier, <50 Jahre Bundesgerichtshof>, tomo IV, 2000, p. 177yss. (192yss.), y también en mi manual "Strafrecht. Allgemeiner Teil-, tomo 2, 2003, § 25, n. marg. 129 y ss.<sup>M7)</sup> Comp. sobre los dos autores arriba en VI.

<w> Recojo en este párrafo, en forma muy resumida, algunas ideas provenientes de las monografías de SCHLÖSIER (como en (a nota 15) y U KHAN (como en la nota 16), así como del valioso trabajo básico de Herbert JÁCKK, «Verbrechen

530

Dominio de la organización y res oí u LÍO u il lu' lio

misma, da lugar a una tendencia de adaptación. Se espera que cada uno de los miembros se integre. Esto puede llevar a una cooperación irreflexiva en acciones que jamás se le ocurrirían a una persona que no formara parte de tal organización. Pero también es un fenómeno típico de las organizaciones el excesivo celo en el servicio, sea por el deseo de hacer carrera, por la necesidad de destacar, por ceguera ideológica o también debido a impulsos sádicos o cualquier otro de carácter criminal, a los cuales el miembro de tal organización crea que puede ceder sin ser castigado. Además, también hay una participación de miembros, que en su fuero interno más bien están en contra, pero que piensan resignadamente: «Si no lo hago yo, otro lo va a hacer de todos modos». Por último, también se encuentran constelaciones que, si bien no fundamentan un dominio de la coacción o del error por parte de los hombres de atrás, se acercan mucho a tales situaciones: p. ej. el ejecutor obediente que teme que, en caso de negarse, pueda perder su puesto, ser despreciado por sus colegas o cualquier otra desventaja social; o, pese a fuertes dudas sobre el injusto, cuenta con la impunidad de su acción ordenada por «los de arriba».

Todos estos factores, que se pueden presentar en variadas maneras y no excluyen la culpabilidad ni la responsabilidad penal del ejecutor inmediato (sino solamente reducen un poco su medida y, en algunos casos, incluso la incrementan), confluyen en un punto: llevan a una disponibilidad hacia el hecho, condicionada por la organización, de los miembros, disponibilidad que, junto con la intercambiabilidad de estos miembros, constituye para los hombres de atrás un elemento esencial de la seguridad con la cual ellos pueden contar para el cumplimiento de sus órdenes.

unter totalitärer Herrschaft» [El delito bajo dominio totalitario], publicado en 1967. Los meritorios escritos de SCHLÖSIER y U KHAN concuerdan, por sus resultados y también en muchas cuestiones particulares, con mi concepción, pero en parte difieren en cuanto al planteamiento fundamental (comp. al respecto arriba en VII).

531

Dominio de la organización y resolución al hwlw>

#### X EL PODER DE IMPOSICIÓN DE LOS HOMBRES DE ATRÁS COMO SOPORTE FUNDAMENTAL DEL DOMINIO DEL HECHO MEDIANTE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

La forma expuesta de imponer resultados desde un segundo plano deberá ser reconocida como una forma autónoma de dominio del hecho. Esto se basa en la posibilidad de dirigir un aparato de poder que se ha apartado del Derecho en el ámbito del actuar delictivo, aparato que asegura, en gran medida, el resultado perseguido debido a la sustituibilidad y a la disponibilidad hacia el hecho (en general favorecida fuertemente por variados factores) del ejecutor. El dominio del hecho es un criterio que, si bien -como casi todos los conceptos jurídicos- es fijado normativamente en sus límites, sin embargo, tiene un ámbito nuclear que debe descansar sobre una base fáctica. Esta consiste -tal como SCHROEDER y yo, pese a todas nuestras diferencias, desde el principio hemos sostenido concordadamente- en un dominio de la producción del resultado que, como también destaca el TFA, incluso se presenta de manera más fuerte que en las formas «clásicas» de autoría mediata del dominio de la coacción y del error. Y en lo que concierne a las diferencias de fundamentación entre SCHROEDER y yo, estas se ven superadas cuando se integran ambos planteamientos dentro de una concepción global. Entonces, la forma de actuación organizada, el apartamiento del Derecho del aparato, la fungibilidad general y la elevada disponibilidad hacia el hecho de los potenciales autores inmediatos son elementos que fundamentan, a través de su engarzamiento, el dominio del hecho de los hombres de atrás. De todo esto resulta lo siguiente: se debe fundamentar el dominio del hecho de los hombres de atrás a partir del poder de imposición que tienen gracias a la organización y no a partir de algún déficit de aquél que, en la fila de cooperadores, mayormente de manera más o menos casual ejecuta el último acto de la realización típica. Entonces, los partidarios del principio de autonomía, quienes, a partir de la propia responsabilidad del último actuante deducen la imposibilidad absoluta de la existencia del autor detrás del autor, ven el problema desde una perspectiva errada. Como ya he dicho alguna vez, sin refe-

532

ijio de la organización y teololución jti Uvtlio

rirme directamente al dominio de la organización<sup>4491</sup>, lo que importa «en la autoría mediata, de manera decisiva, no es la condición externa o interna del intermediario, sino el poder que tiene el hombre de atrás sobre la realización del tipo». También en ello creo coincidir con SCHROEDER.

#### XI. EL DOMINIO DEL RESULTADO COMO SOPORTE FUNDAMENTAL DE LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

En la literatura reciente, a veces, ya no se discute el dominio del resultado del hombre de atrás en aparatos organizados de poder, pero se considera que no es suficiente para una autoría mediata. Así, dice HOVERA<sup>611</sup> que el dominio del hecho sería «más que el dominio del resultado. Dado que se imputa al autor mediato la conducta del intermediario, aquél tiene que dominar primero la conducta de éste»<sup>611</sup> [traducción libre]. Con esto desconoce que si bien el intermediario, en la medida de su dominio a través del hombre de atrás, le posibilita a éste el dominio del hecho, tal como ocurre en el dominio de la coacción y del error, sin embargo, el dominio del resultado también puede ser intermediado por otros factores y precisamente en esto radica la autonomía del dominio de la organización. Permanece en la incógnita el por qué este tipo de dominio del resultado no pueda ser suficiente.

Todavía de manera más drástica se manifiesta ROTSCH en su más reciente publicación<sup>521</sup>. Este autor lleva mi concepción a la fórmula acertada: «El dominio de la organización no presupone un dominio de la acción típica sino solamente un dominio del resultado típico». Reconoce que precisamente en esta particularidad podría haber un motivo suficiente para colocar al dominio de la organización como una forma

<45> «Taterschaft imd Tatherrschaft», 7ma. ed., 2000, p. 666. (1-1b)\* «Sys le mariaches

Kommencar», 7ma. ed., 2000, § 25, n. marg. 91. (5ii pero este autor ii\_e\_ga a aceptar después una autoría mediata, lo cual, si bien es un resultado correcto, enera en contradicción con su premisa. (fia>

Como en la nota 23, NStZ 2005, p. ISys. (16).

533

Dominio He h organización y resolución ¡il *hecho*

autónoma de autoría mediata junio al dominio de la coacción y del error. Pero luego postula una inducción en vez de una autoría mediata arguyendo «que con un dominio del hecho relacionado solamente con el resultado, desapegado del emprendimiento de una acción típica, no queda luego nada de la exigencia de ROXIN, basada en consideraciones de Estado de Derecho, de que el autor sería la figura central en la realización de la acción típica de ejecución». Yes que la acción del hombre de atrás se vería «totalmente desacoplada de la verdadera realización típica».

No obstante, el que en acciones de aniquilación masiva y también en los disparos del Muro aparezca el dador de la orden como ñgura central, se corresponde plenamente con el resultado fenomenoiógico y con el peso de la contribución de éste al hecho (comp. al respecto, con más detalles, arriba V). Su acción de realización típica constituye la actividad del aparato de aniquilación, la cual de ningún modo se ve «desacoplada» de las consecuencias que persigue, sino se dirige con seguridad a llevar a cabo estas consecuencias. Es correcto que, además, debido a otra forma de aparición del dominio del hecho el actor inmediato también intervenga como autor de los hechos, pero esto se corresponde con las circunstancias objetivas. Yes que todo aparato organizado de poder que se haya apartado del Derecho depende por igual de autores de escritorio y esbirros ejecutores.

Todavía podría decirse más. Pero no quiero sobrepasar irrespetuosamente el espacio que se me ha concedido. Dedico esta contribución a Friedrich-Christian SCHROEDER con mis más calurosas felicitaciones por sus septuagésimo cumpleaños. Nuestra relación de continuo respeto profesional se remonta a los inicios de nuestra carrera científica y me ha beneficiado mucho. ¡Ad multos annos!

534

## ¿Qué es la complicidad?{\*}

^~\_10 puhücado en el L.-H- a Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, p. 501-517. Título original: «Was isi Beihilfe?»

La complicidad es descrita por el legislador alemán en el art. 27 C. P. como prestación dolosa de ayuda a un hecho típico, antijurídico y doloso. Luego, su criterio central es designado por el criterio de la «prestación de ayuda», criterio que no ha tenido mayor explicación. Desarrollamos este elemento entendiendo *la complicidad como un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico.*

#### I. LA CAUSALIDAD DE LA COMPLICIDAD

##### 1. Nuestra propia opinión

Toda complicidad -en los delitos de comisión que están aquí en primer plano- tiene que ser causal para el resultado<sup>111</sup>. Esta exigencia se deriva de que la causalidad es el presupuesto fundamental de im-

">Así, CiA6, L.-H. a Stock, 1966, p. 115 y ss.; DREKER, *MDR* 1972, p. 553 y ss.; SAMSOX, 1972, p. 55 y ss.; el mismo autor, L.-H. a Peiers, 1974, p. 121 y ss. Entre los comentarios y manuales: BOCKELMAXN/VOIK, AT, 4- ed., cap. 25, III. 2, a; DRFHKK/TRÓXDLE, 46- ed., art. 27, n. marg. 2; JLSCHECK, AT, 4<sup>s</sup> ed., cap. 64, IV, 2, c; LACKNER, 20<sup>a</sup> ed., art. 27, n. marg. 2; MARACH/GOSSKI, BT, como 2, 7<sup>s</sup> ed., c#p. 52, n. marg. 18 y ss.; MEZGER, «Strafrecht», 1949, p. 411; SrHMinnAUSER, «Lehrbuch, AT», 2<sup>a</sup> ed., cap. 14, u. marg. 143; el mismo autor, «Studienbuch, AT», 2- ed., cap. 10, n. marg. 146; CKAMKR, en Schönke/Schröder. 24<sup>3</sup> ed., art. 27, n. marg. 10; SAMSON en SK, 5- ed., art. 27, n. marg. 9ys.; WELZEL, «Stiarrecht», II<sup>a</sup>ed., cap. 16, jII, 3. También el BÜH en lo Civil (*NJW*1988, p. 2794) se centra en la causalidad: "Una acción de complicidad es objetivamente realizada por aquél cuya acción se ha vuelto causal para el hecho principal y ha posibilitado la lesión del bien jurídico» (op. cit., p. 2797). No obstante, queda sin respuesta saber si la causalidad deba ser una condición necesaria de la complicidad.

putación para *todo* delito de comisión consumado (y con ello también para la complicidad). Por cierto que la complicidad no tiene que ser una condición *sine qua non* para el resultado en el sentido de que éste no se hubiera producido sin aquélla. La complicidad *puede* ser una condición indispensable para el resultado: p. ej. si el cómplice proporciona el duplicado de una llave que no se puede obtener de otra manera y sin la cual el ladrón no hubiera podido abrir la caja fuerte. Pero no tiene que serlo: el que sostiene la escalera al ladrón que sube por ella, presta ayuda, aun cuando el autor, sin esta ayuda, hubiera podido sujetar la escalera de otra manera o entrar de todas maneras en la casa. Pues para la causalidad basta -tanto aquí como en general- que la contribución haya influido en el resultado en toda su forma concreta, incluyendo todas las partes intermedias que conducen a él. Entonces, es suficiente que sin el cómplice la forma de la acción de subir hubiera ocurrido de manera diferente, Tampoco cambia nada en la causalidad el que, por último, el resultado se hubiera igualmente producido sin la contribución del cómplice, pues el acontecimiento así como en realidad se ha producido ha sido co-causado por la acción de sostener la escalera; el curso causal hipotético que se hubiera producido en lugar del real no tiene importancia para la causalidad. CLA!<sup>(4)</sup> ha desarrollado la teoría de que para la complicidad sería suficiente una efectividad conjunta [Mitwirksamkeit], una causalidad de modificación, como la que existe cuando alguien proporciona guantes al ladrón [escalador] para que pueda empujar mejor los cristales de las ventanas. Él habla aquí de una 'reducida cuota causal efectiva', de una «causalidad afluente o reforzadora» [Zufließ- y Verstärkerkausalität]. Esto puede ser formulado así; sin embargo, con ello -a diferencia de lo que opina GLAÜ- no se expresa ninguna particularidad de la causalidad de la complicidad. Más bien todo esto rige sin más para la aplicación de la teoría de la equivalencia<sup>(3)</sup>. Por cierto que la causalidad de la simple «cooperación» [Mitwirksamkeit] se des-

<sup>(4)</sup> Cf. B, L.-H. a Stock, 1966, p. 115 yss. (las citas en p. 125 y s.).

<sup>(3)</sup> También JAKOBS, AT, 2ª ed., cap. 22, n. marg. 35, ve que en tales "construcciones ad hoc...no se gana nada de claridad»; comp. además SAMW.V, 1972, p. 61 y ss., 64 y ss.; Bi.ov, 1985, p. 277 y ss.

(Qué es la complicidad?)

taca con más frecuencia en la complicidad que en la autoría, porque ella presupone un autor resuelto a cometer el hecho y con ello necesariamente un factor causal central que irrumpe hacia el resultado.

## 2. La fórmula jurisprudencial de la promoción

La administración de justicia, por el contrario, desde los comienzos de la jurisprudencia del Tribunal del Reich es de la opinión que la complicidad no tendría que ser causal para el resultado, sino solamente debe haber promovido su ejecución<sup>(11)</sup>. En la ejecutoria RGS I 58, 113 yss. (114/115) se dice: «El que el resultado del hecho principal haya cooperado causalmente, promovido o facilitado...no es necesario. El tipo constituido por la complicidad ya prestada no es eliminado por el hecho de que la actividad del cómplice no ha tenido influencia en el resultado que se buscaba con ella y que realmente se haya producido...la simple intención del cómplice, de apoyar y promover al hecho principal con su ayuda, en todo caso, no es suficiente para admitir una.- complicidad punible. Tiene que adicionarse el que la acción que realiza el tipo delictivo haya sido realmente promovida en algún momento por la actividad del cómplice, antes de que aquella haya concluido». De manera similar, el TFA (MDR/D 1972, 16) comprueba, sin reflexionar otra vez sobre el problema, que un apoyo otorgado al autor sería «también una complicidad típica, si no es causal para el resultado». Sería suficiente «que la actividad del cómplice facilite o promueva la acción del autor principal».

Esta jurisprudencia sólo ha merecido aplauso por algunos aiuto-res<sup>(12)</sup> que, sin embaigo, no pueden hacer cambiar a la amplia doctrina

«"Jurisprudencia del RG 4, 464; 9, 149; RGSc 4, 95 y s.; 6, 169 y s.; 8, 267 y s.; 13, 265 y ss.; 27, 157 y s.; 28, 266 y s.; 51, 136, 141; 67, 191, 193; 71, 176, 178; 73, 53; 75, 112 y s.; BGHS I 8, 390; BGH VKSR, 201; 23, 209; BGH MDR/D 1967, 173; AfO/i 172, 16; StV 1981, 72; DAR 1981, 226; OGHSt 1, 321, 330; 2, 23, 44; BayOLGS I 1959, 132, 138; OLG Hamm HEST 2, 244; OLG Hamburg JA 1953, 27; OLG Freiburg J7, 1951, 85. También se encuentra una buena recopilación de la jurisprudencia en SAMSON, 1972, p. 55 y ss. y DKEHKK, MDR, 1972, p. 553 y ss.

<sup>(12)</sup> BINDIM., 1915, p. 311; von HITTLER, «Strafrecht», lomo II, p. 462; H. MAVKK. «Lehrbuch, AT», 1953, p. 323; SAL i-u, «Strafrecht, AT», 1955, 3ª ed., p. 223; von 539

dominante en su persistencia por exigir la causalidad. En realidad, en esta discusión sólo se trata de un problema aparente. Pues si "la acción que realiza el tipo delictivo» tiene que haber sido «...realmente promovida», necesariamente también ha sido causal la prestación de ayuda para el resultado en su forma concreta, incluyendo los eslabones que llevan hacia él; en caso contrario no se puede hablar de una promoción de la acción típica. Ya hace décadas MEZGER<sup>(6)</sup> había demostrado que en los hechos decididos por el RG con la fórmula de la promoción se había dado plenamente una causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia: «Puesto que lo que ha influido en la modalidad (la manera en el caso concreto) de la acción, en realidad ha sido causal para el resultado». También la jurisprudencia del TFA presenta el mismo cuadro. Cuando p. ej. se rechaza una promoción porque la información del inculpaado a un «comprador simulado»... "no tuvo ningún influjo en los hechos posteriores» (BGH StV 1981, p. 72), también falta la causalidad<sup>7)</sup>. Por otro lado, la fórmula de la promoción es utilizada allí donde existe claramente una causalidad. Así se afirmó con razón una complicidad (BGH DAR 1981, p. 226) cuando la conductora de un auto continuó la marcha (en vez de detenerse) ante el pedido de dos asaltantes que se encontraban dentro del auto y estaban asaltando a una pasajera, a fin de que no se pudiesen oír los gritos de la víctima y otros no tengan oportunidad de intervenir. El TFA acertadamente ve en el continuar la marcha un «facilitar» la comisión del hecho. Pero este facilitar es claramente causal para el modo de ejecución del resultado; sin esto, posiblemente el hecho ni siquiera hubiera podido ser ejecutado.

WKKHÜ, «Strafrecht», 2<sup>s</sup> ed., p. 72; el mismo autor, Z 1951, p. 85; WEGXER, 1926, p. 237. En la literatura actual; BLKI, «Strafrecht, AT», 18- ed., cap. 80 II 2 b; WKSSELS, «Strafrecht, AT», 23<sup>a</sup> ed. cap. 13 IV 5 a.

<sup>(6)</sup> MEM;L;R, «Strafrecht», 2<sup>a</sup> ed., 1933, p. 413.

<sup>(7)</sup> También tratan los casos de ausencia de causalidad, BGH jVSiz 1983, p. 462; BGHR, StCB art. 27, primer párrafo, «Hilfleistern 4», p. 5; OLG Frankfurt NJW 1983, p. 2038 y s.

540

¿Que as \n complicidad?

Uno podría contentarse con este hallazgo y dejar que rija la fórmula de la promoción como un malentendido inocuo de la teoría de la equivalencia, si es que no portara el peligro de extender, y con ello de exagerar, la punibilidad por complicidad a casos en los que realmente faltara una causalidad modificativa. Pues si bien la promoción de la «acción que realiza el tipo delictivo» (en la que se centra el RGSi 58,114 y s.) por regla general también es una promoción y co-causación del resultado en el cual la acción se refleja, no obstante, no es causal cuando termina antes de la producción del resultado y ya no sigue influyendo. Cuando se afirma una complicidad en tales casos, se convierte interpretativamente la tentativa de complicidad impune o la complicidad en una tentativa, contradiciendo la ley, en la complicidad en un delito consumado. El Tribunal del Reich ha sucumbido muchas veces a este peligro. Así, según el RGSt 58, 113, debe pensarse por complicidad en un aborto a aquél que proporciona a una embarazada los instrumentos abortivos que esta última acepta con la intención de utilizarlos, pero que al final no lo hace. Esto es erróneo, pues dado que los instrumentos abortivos se quedaron sin influir en el modo concreto de ejecución del resultado, solamente existía una tentativa (impune) de complicidad en un aborto<sup>(8)</sup>. El RGSt 6, 169 y s. admite una complicidad en un hurto consumado en un caso en el que el inculpaado había proporcionado al autor una llave, la cual se había roto en la cerradura; después el autor entró a la casa de otra manera. Esto también es incorrecto pues si bien aquí la llave todavía había sido causal para la tentativa, ya no lo había sido para la consumación, de manera que si bien no existía una complicidad tentada, tampoco había una complicidad consumada, sino una complicidad en una tentativa de hurto con una llave duplicada.

Entonces, la fórmula de la promoción tiene la gran carencia de que imposibilita una delimitación entre complicidad tentada, compli-

<sup>(8)</sup> De manera igualmente incorrecta se pena en la sentencia de 07-11-1913 (citada por el RGSt 58, 115) como complicidad la entrega de un alicate al ladrón de una casa, pese a que este robo había «sido ejecutado sin emplear el instrumento». Por el contrario es correcta la RGSt 38, 156, donde se rechaza la complicidad en un caso en el que el ladrón de la casa no había seguido el consejo de usar en un hurto un destornillador para sacar un tocacassetes de su base.

541

ciudad en una tentativa y complicidad en un hecho consumado, y con ello se difuminan las fronteras de la punibilidad en contra del autor. Solamente recurriendo a la causalidad se puede trazar aquí límites seguros al diferenciar entre la (co-) causación del resultado (complicidad), de la tentativa (complicidad en una tentativa) y de la falta total de causación de la conducta punible (tentativa impune de complicidad). Cuando se dice en el RGSt. 27, 157 que la complicidad sería «cualquier acción que apunta a promover la ejecución del hecho», el error se nota claramente ya en la formulación: el «apuntar» a una promoción es a lo máximo una tentativa; pero la ley exige una prestación de ayuda efectivamente realizada. Fuera de los casos del tipo explicado, la fórmula de la promoción de la jurisprudencia ha extendido demasiado la complicidad sobre todo también en la así llamada complicidad psicológica. Esta cuestión será tratada aisladamente más abajo (mira P- 505 y ss.).

3.

La complicidad como delito de peligro

Objeciones similares a las presentadas contra la jurisprudencia deben ser elevadas contra los intentos de la literatura de entender la complicidad como delito de peligro y penar a alguien por el simple hecho de haber causado con su contribución un peligro abstracto o abstracto-concreto con el bien jurídico protegido por el tipo. Contra estas teorías, que renuncian también a la co-causación del resultado a través del cómplice, hay que hacer valer que, por más que se diferencien en lo particular (al igual que la jurisprudencia) tienden a «penar la tentativa de complicidad como complicidad consumada»<sup>(1)</sup>. Esto se pone claramente de manifiesto cuando se cambia un poco la formulación de la terminología de puesta en peligro. Y es que una puesta en peligro dolosa, en la cual el dolo no está dirigido a realizar el resultado (en caso contrario se presenta el caso del «agent provocateur»

<sup>(1)</sup> Al respecto, detalladamente, SAMSOX, L.-H. a Peters, 1974, p. 132; igual que aquí, JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., cap. 22, n. marg. 35; STKIX, 1988, p. 147 y ss.

<sup>(2)</sup> HKR/HKJK, GA 1971, p. 1 y ss. (7, 6).

es !ji (\*onijilicilatP

impune) no es nada más que una tentativa. Pero el legislador la ha dejado impune para el caso de complicidad.

HERZBERG.<sup>(3)</sup> es quien plantea las menores exigencias a la complicidad al verla como «delito de peligro abstracto» y no exigir no más «ayuda» que: «El autor [haya] recibido asistencia en la ejecución de su hecho, y ello es suficiente». Por ello, aparentemente, cualquier contribución abstractamente peligrosa equivaldría a una ayuda. No obstante, no queda claro qué presupuestos deba tener tal peligrosidad. Cuando HERZBERG pretende p. ej. ver como complicidad el alcanzar una bebida al autor incluso cuando esta acción «retrasa y por tanto hace peligrar el resultado de la sustracción», y cuando juzga como cómplice a aquél que solamente causa que el autor ejecute el hecho con «mejor humor», entonces no es visible lo que en tales acciones sea siquiera abstractamente peligroso. En todo caso, los límites de la punibilidad se difuminan de una manera incierta, incompatible con el principio de determinación<sup>(4)</sup>.

El parecer de VOGLER desborda menos los límites; él contempla la complicidad como delito mixto, de peligro abstracto-concreto<sup>(5)</sup>. Exige una peligrosidad abstracta, en relación con el resultado, de la conducta del autor, conducta que tendría que ser idónea, de manera general para co-realizar el resultado; además tendría que presentarse una promoción concreta de la conducta del autor. Pero también esto va demasiado lejos, pues la renuncia a la causalidad de la contribución del cómplice incluye también en la complicidad necesariamente casos de complicidad solamente tentativa; «idóneas de manera general» para la realización del resultado son también las contribuciones que ya no eran efectivas en el momento de la producción del resultado<sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Una crítica minuciosa a Herzberg en VCX.Ü.EU, L.-H. a Heinicz, 1972, p. 298 y ss.; SAMSOX, L.-H. a Peters, 1974, p. 126 y s.; STKIX, 1988, p. 147 y ss.

<sup>(4)</sup> -> VotiLKR, L.-H. a Heinilz, 1972, p. 295 y ss; siguiéndolo, PKKISKXDASX, «Strafgesetzbuch mit Ed auto fungen und Beispiclen», 30ª ed., art 27, nota ii d.

<sup>(5)</sup> Crítica decallada a Vogler en SAMSOX, L.-H. a Pelers, 1974, p. 127 y ss.; además JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2ª ed., cap. 22, n. marg. 35.





que no se descubra o no se pene al autor. Quien da al autor un disfraz, una máscara o un «guardapolvo» (RGSt 8, 267), a fin de que no sea reconocido por la víctima, o quien le promete una coartada para el caso de una investigación policial (BGH AyVV'1951, 451) es por regla general causal para el resultado, porque o bien ha apartado las últimas dudas (comp. al respecto el párrafo precedente) o porque, por lo demás, el autor habría ejecutado el hecho bajo otras previsiones y con ello de otra manera. Por el contrario no basta para una complicidad punible el simple solidarizarse con el autor, las muestras de aprobación a su proceder o de simpatía. Pues con ello ni se estabiliza una resolución hacia el hecho (como en la eliminación de dudas) ni se la coloca sobre una base más amplia (como en la aportación de motivos adicionales) ni se la intensifica (como en un aumento de la afección del bien jurídico). El que tales casos no puedan ser penados como complicidad puede ser extraído del art. 140 C. P-, pues solamente según esta disposición especial y bajo los muy restringidos presupuestos allí mencionados se conmina penalmente la aprobación de hechos delictuosos.

La jurisprudencia va muy lejos con su admisión de la complicidad psíquica mediante el «refuerzo de la resolución hacia el hecho». Ello es así, cuando el BGH (BGHZ 63,124,130ys.) juzga las muestras de simpatía a los participantes de una ocupación ilegal de domicilio como complicidad en las lesiones cometidas contra policías por estos; cuando en el BGH VRS59, 185 se valora las palabras incitadoras a un conductor («pisa a fondo y persigue») como complicidad en una intervención peligrosa en el tráfico rodado (art. 315 b), pese a que falta cualquier comprobación de que este llamado haya influido en la conducta del autor; o cuando OLG Stuttgart (A7W1950, 118) interpreta la continuación de una relación amorosa con un hombre decidido a matar a su esposa como complicidad en el asesinato de ésta.

No es raro que también se pene erróneamente como complicidad la simple presencia en el lugar de los hechos, sin que sea visible qué influencia tiene en la resolución hacia el hecho y, con ello, cuál debiera tener mediatamente en la realización típica. Así, el BGH (MDR/D 1967.173) ha contemplado la simple compañía en un asalto

¿Qué es la miiijik-iiilul?

como apoyo espiritual y ha penado como complicidad, a pesar de que el inculpado incluso había intervenido a favor de la víctima. En una sentencia posterior (BGH MDR/H 1985, 284) se dice que también un «estar presente sin hacer nada en la ejecución del hecho» ya podría ser una complicidad, «si da al autor principal una mayor sensación de seguridad y si con ello se representa como apoyo espiritual». Aquí falta la indicación necesaria de que esto solamente rige cuando el «estar presente» según el contexto de la situación se deba entender como que el hasta entonces inactivo necesariamente *intervendría a favor del autor*. Pues entonces la presencia del potencial coautor refuerza la disposición de ataque del actor y reduce las posibilidades de defensa de la víctima. Por el contrario, la sensación tranquilizante para el autor proporcionada por quien está por allí inactivo no entraría en actividad *a favor de la víctima* no es suficiente para una complicidad. La nueva jurisprudencia se acerca a la posición aquí defendida: BGH GA 1985, 233 yBGHRStGB, art. 27, primer párrafo, «Hilfeleistung 1», señalan acertadamente que la toma de conocimiento de un hecho punible que está teniendo lugar e incluso su aprobación no pueden aún fundamentar la complicidad.

Luego, un acto de estar presente pasivamente no es ninguna complicidad punible incluso cuando el autor se sienta motivado a continuar sus actividades delictivas por la idea de que el que está presente no lo va a delatar y no se interpondrá en su camino. Pues si bien tal posibilidad puede ser interpretada como un aliento al autor que influye en la modalidad del hecho, su punición como complicidad fracasa por el hecho de que la penalización de la simple omisión presupone una posición de garante (art. 13 StGB); su ausencia no debe ser eludida reinterpretando la omisión como un «apoyo espiritual» y con ello como un hecho positivo. Precisamente en este punto sucede algo distinto cuando el que está presente quiere eventualmente intervenir a favor del autor, tal como éste lo sabe. Pues en este caso, por regla general, ya es un hacer positivo y punible de complicidad su simple aparición y permanencia en el lugar de los hechos, pero en todo caso también la promesa de intervenir si es necesario -así haya sido declarada sólo mediante una acción decidida-.

La dificultad de la problemática es mostrada por dos sentencias

del TFA, las cuales arriban a soluciones opuestas. En el BGHStV 1982, 516, la inculpada recién había volado en su viaje de regreso de Holanda a Alemania que ambos pasajeros del coche introducían heroína al país. Ella se los había reprochado, pero había callado ante el plan de ambos de ir a dar de simular una visita en Eupen [ciudad fronteriza] en caso que en la frontera les hicieran preguntas. La instancia previa había condenado a la inculpada por complicidad, porque su silencio habría generado la expectativa en los autores de no ser denunciados; con ello ella habría reforzado su resolución hacia el hecho. La Segunda Sala del TEA ha rechazado acertadamente una punición porque este refuerzo consiste en una simple omisión, la cual no es punible sin posición de garante. Por el contrario, la Tercera Sala (BGH SIV 1982, 517) en un caso estructuralmente equiparable ha llegado erróneamente a una punición. El inculpado, en su calidad de abogado, había permanecido sentado, sin actuar, mientras dos de sus colegas del Estudio Jurídico y otras tres personas practicaban un chantaje. El no estaba enterado de los pormenores del plan y se había quedado callado al creer que «como novato en el Estudio estaría obligado a respetar y mostrar compañerismo... con sus colegas más experimentados». El TFA ve en ello una complicidad psíquica de chantaje mediante un hacer positivo, de la cual el inculpado sólo se habría salvado «alejándose inmediatamente u oponiéndose a las exigencias de los demás participantes». Pero de todo ello se observa claramente que el verdadero objeto del reproche es una omisión (de retirarse o de protestar), la cual sólo puede ser penada si se presenta un deber de evitar el resultado<sup>(1H)</sup>; es decir, aquí debe quedar impune.

En caso contrario se llegaría al resultado insostenible de que en los delitos se tendría que sancionar penalmente por complicidad de manera general a los mirones ociosos e inactivos, porque su inactividad refuerza al autor en su hacer. Los límites trazados por los arts. 138 [omisión de denunciar la comisión o planificación de delitos], 323c [puesta en peligro de edificios] al deber de asistencia de no garantados se verían superados de manera ilegal. Tampoco se vislumbra cual sería

la complicidad?

<sup>(1H)</sup> Igual que aquí, RLTOUW, StV 1982, p. 518; RANTU, JZ 1987, p. 861; con opinión diferente, SiKBKR.yz 1983, p. 431.

la ayuda para la víctima de un simple alejarse, tal como el liiiH considera suficiente para negar la complicidad<sup>19)</sup>. Pero si ello no le sirve para nada, la presencia de personas inactivas tampoco le perjudica en nada y falta todo motivo para penarlo por complicidad.

Luego, una complicidad punible mediante el «refuerzo de la resolución hacia el hecho» sólo entra en consideración bajo límites muy estrictos. Algunos autores, por el contrario, pretenden excluir totalmente dicha posibilidad. SAMSON<sup>20)</sup> opina que la causalidad de tales influencias internas apenas si se podrían probar alguna vez, de manera que a través de su punición en realidad se están comprendiendo casos de tentativa de complicidad, lo cual atenta contra el principio in dubio pro reo. De esto es cierto que la jurisprudencia exageradamente extensiva que se ha expuesto hace patente estos temores. Pero ello no cambia el que en otros casos se pueda probar perfectamente un influjo causal en la resolución hacia el hecho (y con ello, mediatamente, en el hecho); p. ej. al disipar las dudas, al dar otros motivos o al intensificar el hecho dando aliento, comp. p. 505 y s. HRUSCHKA<sup>(vi)</sup> rechaza desde el principio una complicidad psíquica a través del refuerzo de la resolución hacia el hecho porque una complicidad siempre sería una influencia en el hecho y no en el autor. La influencia en el autor solamente sería comprendida como inducción; pero ésta exigiría una «determinación» hacia el hecho, de manera que el simple "refuerzo" permanecería impune. Sin embargo, esta tesis, de que la complicidad solamente podría ser una influencia en el hecho, sólo ha sido afirmada, pero no probada. Y tampoco es realizable, pues los consejos técnicos e incluso la entrega de instrumentos para el hecho influyen igualmente sólo a través de la psique del autor en los acontecimientos; es decir son en primer lugar influjos en el autor. Naturalmente, estos casos provocan un influjo en el hecho

<sup>(19)</sup> Lo cual es inconsecuente desde su punto de vista, pues cuando alguien se aleja, en vez de intervenir en favor de la víctima, ello precisamente puede hacer que al autor continúe con su acción.

<sup>(20)</sup> SAMSON, en SK, 51. ed., art. 27, n. marg. 13; SAMSON, 1972, p. 189 y ss. <- HKUSC:HKA, /¿ 1983, p. 177 y ss.

¿Qué es la complicidad?

de manera mediata. Pero ese influjo también se presenta en el refuerzo punible de la resolución hacia el hecho. La comprensión correcta de que en la jurisprudencia un apoyo espiritual a veces, pese a la falta de un efecto en el acontecer de los hechos, es sancionado penalmente como complicidad, no permite concluir que sea en principio posible un refuerzo de la resolución hacia el hecho que influya en éste.

## II. LA COMPLICIDAD COMO INCREMENTO CAUSAL DEL RIESGO

Una co-causalidad en el sentido de un influjo en la modalidad concreta de la realización típica es ciertamente necesaria para la complicidad, pero no es todavía suficiente<sup>1</sup>. Quien cambia un arma o cualquier otro instrumento del autor, sin que este se dé cuenta, por un medio del mismo género<sup>231</sup>, es causal para la modalidad concreta de la producción del resultado (con ese medio). También es causal quien entrega un duplicado de la llave a un ladrón, la que no es utilizada por éste, quien, desde el principio, tampoco quiere utilizarla, porque sabe que la puerta está abierta. Y es que, después de todo, el llevar consigo un duplicado de la llave modifica la modalidad concreta de la ejecución. No obstante, ya para el instinto lingüístico imparcial resulta claro que tales «contribuciones» no representan la «prestación de ayuda» exigida por la ley, pues no sirven para nada al autor. Por ello, de acuerdo con los principios generales de la imputación objetiva, una contribución causal hacia el hecho solamente puede ser una complicidad cuando ha elevado el riesgo para la víctima y con ello la posibilidad de éxito para el autor.

Luego, cuando alguien alcanza al autor una bebida durante la comisión del hecho (comp. p. 504), la cuestión de si esta conducta deba ser penada como complicidad, debe ser tratada haciendo diferencias. Si la bebida sirve para refrescar las fuerzas consumidas del autor, entonces se debe admitir una complicidad punible, pues se ha

<sup>1</sup> Comp. los ejemplos de la jurisprudencia en SCHAFFSTKIN, L.-H. a Honig, 1970, p. 175.

<sup>231</sup> El ejemplo proviene de SAMSUN, L.-H. a Peters. 1974, p. 129.

550

¿Qué es la complicidad?

incrementado con ello la oportunidad de ejecutar el hecho con éxito. Si, por el contrario, los simpatizantes entregan a los ocupantes ilegales de un domicilio (¡art. 123 C. P.!) una copa de champán para festejar su éxito, esto no es complicidad en una violación de domicilio, pues la oportunidad de mantener la ocupación no ha mejorado con ello. Si se da una bebida al asesino que está a punto de matar a la víctima, indicándole que primero tome un buen trago, esto tampoco debe pensarse como complicidad, pues dado que de esta manera se retrasa la ejecución del resultado, empeoran más bien las oportunidades del autor. El empleo del principio de incremento del riesgo en la complicidad puede reconducirse al fundamento penal de la participación: solamente quien mejora las oportunidades del autor y eleva el riesgo de la víctima, emprende un ataque independiente al bien jurídico tal como es necesario para cualquier participación. En particular, el criterio del incremento causal del riesgo, que fundamenta la complicidad, puede dividirse en cuatro elementos: según esto, presta ayuda en el sentido del art. 27 del C. Raquel que *posibilita, facilita, intensifica o asegura el hecho* mediante su contribución. El caso más claro de participación es la posibilitación, tal como se presenta p. ej. en la entrega de un veneno al autor, que no puede ser detectado en el cuerpo del asesinado y que no puede ser conseguido de otra manera. El caso más frecuente es seguramente el de la acción de facilitar: mediante consejos, la entrega de armas e instrumentos, etc. La intensificación consiste en el refuerzo del impulso del autor, p. ej. mediante el consejo de golpear más fuerte, sustraer más, etc. Finalmente, el aseguramiento se expresa en el vigilar y en la asunción de otras funciones de protección. Naturalmente, estos son sólo conceptos de ayuda por explicar; luego, no toda conducta de complicidad tiene que corresponderse exactamente con alguno de estos cuatro elementos. Lo decisivo es siempre que una contribución haya elevado las oportunidades de comisión del hecho, que sea útil al autor en la ejecución de su plan.

Pero el principio del incremento de riesgo sólo se ve correctamente empleado cuando, al igual que en general en la imputación objetiva, es adicionado a la causalidad. Por el contrario, SCHAFFSTKIN<sup>[M]</sup>

<sup>[M]</sup> SCHAFFSTKIN, L.-H. a Honig, 1970, p. 169 y ss. (resumen, p. 184).

551

pretende renunciar por completo a la causalidad y solamente centrarse en el incremento de riesgo. La diferencia práctica esencial de su teoría frente a la aquí defendida consiste en que él empica cursos causales hipotéticos para negar un incremento de riesgo, lo cual tiene por resultado que la mayoría de los casos en que se facilitan las cosas al autor quedan impunes. Si alguien porta la escalera para el ladrón al lugar de los hechos, esto es impune, según SCHAFFSTEIN<sup>^</sup>, si el autor, de cualquier otro modo, «hubiera podido arrastrar y arrastraría la escalera también sin ayuda ajena»; pues entonces el llevar la escalera por otro 110 habría «elevado las posibilidades de que el hurto tenga éxito». Igualmente decide qtie cuando el «cómplice» transporta al ladrón con el auto al lugar de los hechos «no hay complicidad punible, sí según las circunstancias concretas del caso...el transporte con el autor no hubiera incrementado el riesgo de la producción del hecho principal, p. ej. porque el autor también hubiera podido recorrer el no muy largo camino al lugar de los hechos a pie o en bicicleta». No obstante, esto debe ser rechazado pues recién el sostener la escalera o el transporte con el auto han posibilitado el curso causal. La negación del incremento de riesgo es recién posible mediante la inclusión de cursos causales hipotéticos, al centrarse en lo que hubiera ocurrido si no hubiera sido aportada la contribución causal del cómplice que incrementa el riesgo. Pero esto (al igual que en [a autoría) no está permitido en el marco de la imputación y, además, sería insostenible desde una perspectiva político-criminal: llevaría a que aun un apoyo tan masivo quede impune cuando eventualmente (p. ej. en las asociaciones tipo banda) es prestado por un tercero.

Por otro lado, no cambia nada en la complicidad el que una circunstancia causal, que bajo un juicio objetivo ex-ante eleva las posibilidades del resultado, resulte ser después superflua. Esto tiene importancia práctica especialmente para el acto de vigilancia [Schmierestehcrij; si dicho aseguramiento no es coautoría (lo que depende de su importancia), sí es punible como complicidad. Pues rilo no solamente es causal cuando el autor sin dicha vigilancia no

\* SCHAFHTLIX, L.-H. a Honig, 1970, p. 182.

¿,i complicidad?

hubiera cometido el hecho o, al darse un retraso, hubiera tenido que cuidarse contra posibles personas que lo descubran<sup>'\*</sup>, sino siempre lo es: un hurto asegurado mediante la vigilancia es otra modalidad de ejecución que la comisión de un hurto «no protegido». Y tal contribución causal también incrementa las posibilidades, porque reduce el riesgo de ser descubierto y de fracasar. La cuestión de lo que hubiera hecho el autor si no hubiera tenido ningún vigilante desemboca nuevamente en la consideración de cursos causales hipotéticos y por ello está vedada desde el principio.

Sin embargo, la complicidad presupone que el incremento de las posibilidades perdure hasta el estadio de la consumación. Esto no es el caso cuando la causalidad de una contribución se interrumpe antes (comp. ya antes, p. 503). Entonces, si a mitad de camino el ladrón de casas hace regresar al cómplice que está llevando la escalera, porque ha decidido otra forma de penetrar en la casa, solamente existe una tentativa impune de complicidad. Si el ladrón se cae de la escalera al tratar de subir y escoge otro camino para entrar a la casa, entonces esto solamente es una complicidad a una tentativa de hurto, pues la causalidad y el aumento de posibilidades mediante la contribución del cómplice solamente llegan al estadio de la tentativa.

En lo fundamental no se necesita de una relación psíquica entre autor y cómplice. Quien impide al propietario el inminente descubrimiento de un hurto que se encuentra en el momento de su ejecución o quien sostiene al policía que quiere detener al ladrón flagrante, también comete complicidad cuando el ladrón mismo no nota para nada el descubrimiento o la detención inminentes ni la intervención de quien lo ayuda (así también en un caso similar, BGHSt 6, 248). Pues la contribución del cómplice posibilita el hurto o por lo menos lo facilita; ella significa pues un incremento causal de las posibilidades para el autor. No obstante, debe rechazarse una complicidad cuando ésta no se manifiesta para nada en acciones externas de ayuda, sino solamente consiste en la decisión de ayudar al autor en el caso que fuera necesario. Como ejemplo de clases sirve el caso de un «colega» del carterista

<-<sup>9)</sup> No obsiasnte, en este sentido, SAMSON, 1972, p. 196.

¿Qué es la complicidad?

que -sin que éste lo note- se coloca cerca de él para facilitarle el trabajo, en caso necesario, causando una aglomeración artificial<sup>(7)</sup>. No se discute que tal conducta incrementa las oportunidades del carterista. Pero falta una modificación causal del acontecer de los hechos cuando no hay un acuerdo con el autor ni es reconocible una relación delictiva esterna de la conducta. Penar aquí significaría penar no una complicidad, sino una simple disposición de complicidad (o sea que menos que una complicidad tentada)<sup>(11)</sup>: esto desemboca en un Derecho penal de la actitud interna. Si se sigue esto consecuentemente, debería pensarse como complicidad consumada una decisión interna de complicidad, de la cual nadie sabe algo; tal suposición se refuta a sí misma.

Soluciones similares como la que aquí se alcanza mediante el criterio del «incremento causal del riesgo» son desarrolladas por SAMSON<sup>139</sup> con ayuda de los principios de «intensificación» y de «asunción», así denominados por él. Según esto, presta complicidad quien co-causa un resultado sea posibilitándolo o intensificándolo (principio de intensificación) o quitándole acciones antijurídicas (principio de asunción) y facilitando con ello el hecho<sup>(30)</sup>. Pero se producen desviaciones por el hecho de que la prestación de ayuda a través de un «aseguramiento» solamente está comprendida parcialmente por los principios de SAMSON, lo cual le provoca dificultades en la punición del vigilante (comp. p. 510 y s.). También debe rechazarse la tesis de SAMSON de que solamente la asunción de contribuciones antijurídicas representarían una complicidad punible. Según esto debería ser impune quien «se ofrece ante el mensajero, que no sospecha nada, a cargar el paquete con el explosivo durante los últimos metros de la puerta del jardín hasta la puerta

<sup>(7)</sup> A favor de una punibilidad por complicidad, MAUKACH/GÖS.SKI., AT, tomo 2, 7ª ed., cap. y/¿, n. marg. 8; igualmente (siguiendo a MALRACH, «Strafredit, ATX 4ª ed., 1971, cap. 5211JA), BALMA/JUS 1963, p. 137; SCHAFFNTLIN, L.-H. a Honig, 1970, p. 180.

<sup>(11)</sup> Acertadamente. DMLHKK, 1972, p. 257.

<sup>(139)</sup> SA.USON, 1972, p. 160 y ss.; el mismo autor, L.-H. a Petera, 1974, p. 121 y ss.

<sup>(30)</sup> También en el SK, 5ª ed., art. 27, n. marg. 10, SAXWCS señala esa similitud.

¿Es la complicidad?

principal. Esto también regiría cuando él sabe lo que contiene el paquete»<sup>31</sup>. Sin embargo no se comprende por que una causación dolosa de una muerte deba quedar impune sólo porque un portador inconsciente habría actuado jurídicamente. Si el cómplice, como es evidente, declara al mensajero estar dispuesto a entregar el paquete sólo porque quiere impedir que éste se dé cuenta del contenido dudoso al momento de entregarlo, sería enormemente antiobjetivo renunciar a la punición de aquél que quizás ha posibilitado recién el hecho o en todo caso lo ha facilitado.

### III. LA COMPLICIDAD COMO INCREMENTO CAUSAL DEL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO. ACERCA DE LA PUNIBILIDAD DE LAS «ACCIONES COTIDIANAS»

Pero no en todos los casos un incremento causal doloso del riesgo produce una complicidad punible. Quien p. ej. provee de material a un fabricante, sabiendo que éste lo utiliza atentando contra disposiciones penales protectoras del ambiente, se vuelve causal para dichos delitos y aumenta el riesgo de su comisión. Pues recién la provisión posibilita una elaboración de productos, así como la comisión de delitos ambientales vinculados con ella<sup>(33)</sup>. Lo correspondiente rige cuando alguien comisiona y paga a un trabajador manual, sabiendo que éste defrauda al Fisco; recién la acción del cliente hace ejecutable el delito. Si pese a todo se duda en admitir una complicidad punible o se la rechaza, esto se debe, entre otras cosas a que el apoyo consiste en un hecho normal en los negocios y atañe a una «acción cotidiana». Sin embargo, el problema no puede ser solucionado de una forma que excluya, de manera general, a las acciones cotidianas de la punibilidad por complicidad. Así, el prestar un encendedor es seguramente una acción cotidiana neutral de por sí; pero cuando ocurre con la finali-

<sup>(31)</sup> SAMSOX, 1972, p. 171.

<sup>(33)</sup> En este punto, en contra de Samson, también VOIGT, L.-H. a Heinil/, 1972, p. 312, nota 91, quien habla de la "debilidad del así llamado principio de asunción».

<sup>(34)</sup> Ejemplo de MLYÍR-Aiíxnr, Wistra 1989, p. 281.

dad declarada de incendiar un granero, difícilmente tenderá uno a rechazar una complicidad. Cuando un taxista lleva al autor al lugar de los hechos, estando al tanto del hecho que éste planea o ha ejecutado (BGH GA19SI,133ys.) o lo recoge de allí con el botín (BGHSt4,107 yss.), entonces el transporte con el taxi bajo una retribución económica normal es ciertamente un negocio cotidiano; pese a todo, el BGH ha afirmado una punibilidad en ambos casos (claro que en el segundo fue por favorecimiento, pero esto es irrelevante dentro de este contexto). La punibilidad de acciones cotidianas bajo el punto de vista de la complicidad sigue siendo discutida y ha sido poco aclarada<sup>341</sup>; frecuentemente ni siquiera se la trata en los comentarios y manuales. Se recomienda diferenciar si la contribución delictiva ha ocurrido bajo un conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (o sea con *dolus directus*) o si el tercero no implicado cuenta con aprovechar su servicio para fines delictivos solamente en el sentido de una posibilidad, es decir que actúa con *dolus eventualis*. En la primera constelación debe afirmarse una complicidad en mucha mayor medida que en la segunda.

1. El aportante conoce la resolución delictiva del autor  
 En los casos formados por nuestros ejemplos iniciales (p. 512), sólo -pero de ser así siempre- se tendrá que admitir una complicidad punible cuando la contribución tenga una «relación delictiva de sentido». Esto ocurre cuando la contribución tiene valor para el autor solamente bajo el presupuesto del delito planeado, y el «aportador» también sabe esto<sup>(S>1</sup>. Esto ocurre en los viajes de taxi ya mencionados. El conductor sabe que estos no tienen sentido para el autor sin la finalidad delictiva, con ello su propio hacer se relaciona también exclusivamente con esa finalidad delictiva; se presenta como un «ataque al bien

<sup>(34)</sup> De la *literatura* que poco a poco se plantea la cuestión: JAKOBS, ZSW89 (1977), p. 1; el mismo, «Strafrecht, AT», 2ª ed., cap. 24, n. marg. 13 y ss.; SCHUMANN, 1986, p. 54 y ss.; FRISCH, 1988, p. 295 y ss.; Roxi, v. L.-H. a Tröndle, 1989, p. 277; MI-; YI:K-AKMIT, *Wistra* 1989, p. 281.

<sup>(35)</sup> Así acertadamente MiCYhK-AKxnr, *H'tiira* 1989, p. 281 y ss.

t. (j\ii- tí Li complicidad?

jurídico» y con ello como complicidad. Pero ocurre algo diferente con la provisión de materiales al fabricante y con el trabajo encargado al trabajador manual. Estas conductas tienen sentido y utilidad para el fabricante, con total independencia de los delitos ambientales y tributarios. Por ello, ellas no tienen una relación delictiva, sino una «legal» de sentido, porque el tratamiento de los materiales por un fabricante y la ejecución de trabajos por un trabajador manual son actividades totalmente acordes a derecho. Los delitos son cometidos solamente con ocasión de las acciones desencadenadas por la contribución y si: sitúan únicamente en la responsabilidad del autor. Las contribuciones del proveedor y del cliente no se relacionan con ellas, sino con una conducta conforme con el ordenamiento jurídico. Ellas no están desaprobadas jurídicamente, no constituyen un ataque al bien jurídico y por ello quedan impunes. Por el contrario, una opinión extendida pretende hacer impunes de plano a las «acciones cotidianas». Así, p. cj. la venta de un destornillador también sería impune cuando el vendedor supiera que el comprador la ha adquirido solamente para cometer un robo con fractura. JAKOBS pretende liberar de pena «los usuales negocios de intercambio de la vida cotidiana»<sup><3h></sup>; pues nadie podría esperar que un robo con fractura «no se produzca a falta de disponibilidad de un destornillador ordinario»<sup>(37)</sup>. SCHUMANN<sup>(3H)</sup> llega al mismo resultado porque faltaría el presupuesto de la participación postulado por él: el «solidarizarse» con el autor. El vendedor no haría «causa común» con el hecho principal; no se solidarizaría con este hecho cuando prestase su contribución «en el estadio de los actos preparativos todavía conformes con el Derecho». Por el contrario, sería distinto cuando la compra ocurriera en el estadio de la ejecución; aquí surgiría «la impresión de un solidarizarse» ya por la «cercanía al hecho». Según JAKOBS<sup>(n91)</sup>, tam-

<sup><3B></sup> JAKOBS, «Strafrecht, AT», 2- ed., cap. 24, n. marg. 17; Fmsui también propondría lo mismo, v. 1988, p. 295 y ss.

<sup><47></sup> JAK.ÜES; ZSW89 (1977), p. 20. JAKOBS considera también impunes los viajes en taxi en los dos casos decididos por el BGH (n. marg. 214, 216).

<sup><38></sup> SCHI-MANN, 1986, p. 57.

<sup>(311)</sup> JAKOBS, AT, 2- ed., cap. 24, n. marg. 17.

bien el panadero es impune «cuando al vender panecillos sabe que el comprador envenenará el producto y lo servirá a sus invitados». Esto no puede ser compartido, pues en ambos casos se ha dado la relación delictiva de sentido, ya que los objetos adquiridos por el autor eran útiles para él solamente como medios para la comisión del delito. Si el vendedor sabe esto, su accionar pierde el carácter de un negocio cotidiano «neutral» y se convierte en un ataque al bien jurídico. Pese a la realización de una venta «usual», difícilmente podrá discutirse una complicidad cuando el comprador precisamente comunica al vendedor que quiere emplear los objetos comprados para un robo con fractura o para un asesinato por envenenamiento<sup>(41)</sup>. ¿Por qué debería ser diferente cuando se han recibido estas informaciones de otra manera (p. ej. oyendo a hurtadillas o a través de un amigo del autor)?

Cuando JAKOBS indica que un robo con fractura no fracasaría por falta de un destornillador, ello no es motivo para la impunidad de la acción de promoción hacia el hecho efectuada a través de este instrumento. Pues aquí se trae a colación, de manera prohibida, un curso causal hipotético (la posibilidad de procurarse el destornillador de otra manera) para *rechazar* la complicidad (comp. ya antes, p. 510}. Para una complicidad no es tampoco en absoluto necesario que el hecho no se hubiera producido en caso de faltar la contribución del cómplice (comp., p. 501). ¿Y por qué, en un asesinato con panecillos envenenados, sólo tendría que ser punible el que ha entregado el veneno y no también el que ha entregado los panecillos a sabiendas del fin que se les iba a dar?

El criterio de SCHUMANN de la «cercanía al hecho» tampoco resulta claro. Pues si la entrega pronta o tardía no tiene ningún influjo, no es comprensible por qué el momento de la venta deba decidir sobre la presencia de una complicidad. La «impresión de conmoción jurídica» [rechtserlöschender Eindruck] producida en gran medida por la venta en el estadio de ejecución, que es decisiva para SCHUMANN, no puede ser determinante porque también es punible la complici-

p. 69.  
A favor de la punibilidad en este caso, expresamente, SCHUMANN, 1986, 558

¿Qué es la complicidad?

dad secreta. Si ésta es descubierta, no tiene efectos menos «conmoveros jurídicamente» que una abierta prestación de ayuda.

Pero sobre todo no hay acciones cotidianas per se, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve. Así p. ej. la instrucción en el manejo de un arma de fuego es una acción cotidiana neutral si ocurriese durante la práctica deportiva de un club de tiro; por el contrario constituye una complicidad a un asesinato cuando ayuda al autor a acertar a la víctima. También el cargar una escalera (comp. el ejemplo de la p. 510) es en la mayoría de los casos un acontecimiento cotidianamente usual; pero se convierte en una complicidad cuando su único sentido consiste en apoyar a un asaltante de casas. Incluso se podrá decir que la mayoría de las acciones de complicidad «por sí mismas» (es decir, prescindiendo de su finalidad) son acciones neutrales; esto rige aun p. ej. para la entrega de un arma. Por ello el concepto de «acción cotidiana» no es delimitable, no se puede limitar a «los negocios usuales de intercambio de la vida diaria» y es inadecuado para separar la complicidad punible de las acciones permitidas. Recién la falta de una relación de sentido delictiva, tal como ya se ha expuesto (p. 513) puede quitarle el carácter de complicidad a una acción que influye incrementando las posibilidades de la comisión de un delito.

La jurisprudencia todavía no ha desarrollado una concepción acabada para los casos tratados, pero su tendencia va en la línea aquí señalada<sup>140</sup>. Así, es correcto que el RGSt 39, 44, 48 no haya visto en la provisión de pan y carne al titular de un burdel una complicidad punible en la administración de un burdel. Pues el consumo de pan y carne tiene sentido independientemente de que aquellos que los consumen, favorezcan a un negocio prohibido<sup>141</sup>. Por ello p. ej. también es

<sup>(41)</sup> MiATK-AnMH, dan una buena compilación de las sentencias pertinentes; v. *Wistm* 1989, p. 281 y ss.

<sup>(14)</sup> -> Es muy dudoso que suceda algo distinto cuando se trate de la provisión de vino, tal como opinaba el RG, argumentando que con ello se habría creado un incentivo adicional para visitar burdeles. Y es que el consumo de vino no es solamente usual en burdeles. En favor de la impunidad de la provisión de vino

¿Qué es la complicidad?

—  
com-

impune el dueño del restaurante que sirve antes del hecho una comida de refuerzo al ladrón de casas sabiendo de sus planes. Con justicia el TEA<sup>143</sup> se opone también a la concepción "de que cualquier cooperación en las ventas -p. ej. de un trabajador- conociendo del fraude fiscal que a continuación cometerá el deudor tributario debería valorarse como complicidad en un delito tributario menos grave». Pues la actividad de un trabajador en una empresa tiene sentido para éste, independientemente de los fraudes fiscales. Es exactamente correcto que el TFA afirme una complicidad punible «cuando toda la empresa en la que un colaborador coopera se dirige exclusivamente a alcanzar una ganancia mediante un fraude fiscal», pues en esta situación, no tendría sentido una actividad prescindiendo del fraude fiscal pretendido.

El Tribunal Supremo suizo, en una sentencia del 13-10-1993 se ha aunado a la concepción aquí defendida, haciendo referencia al estado más reciente de la discusión<sup>441</sup>. Los inculpados habían enajenado carne de antílope africano bajo el nombre correcto a compradores dudosos, sabiendo que éstos venderían la carne como «carne europea de caza» y con ello cometerían una estafa. El Tribunal admitió una complicidad punible porque sólo era posible alcanzar una venta con ganancias, tal como lo sabían los proveedores, si se engañase diciendo que se trataría de carne de caza europea. «Los suministros no hubieran tenido sentido sin las acciones punibles; luego debe afirmarse la relación delictiva de senado».

## 2- El aportante sólo cuenta con una conducta delictiva del autor

En muchos casos ocurrirá que el tercero no sabe de la resolución delictiva del autor, sino solamente toma en cuenta la posibilidad de un aprovechamiento delictivo de su contribución. Así sucede p. ej. cuando también SU-IL MANA, 1986, p. 62; por el contrario, a favor de la punibilidad, MKVKR-AR\I>T, Wisira 1989, p. 282.

<•\*> BGHR, StGB, art. 27, primer párrafo, «Hilfscisten 3». <<sup>441</sup> Corte de Casación, exp. 6 S. 363/1993/tr, p. 5-7.

do en el caso del destornillador (p. 513) el vendedor no sabe que el adquirente quiere utilizar el instrumento para robar en domicilios, pero lo considera posible debido a la apariencia sospechosa de éste y lo admite. Hay que ponderar si en tales casos se presenta una complicidad con dolus

eventualis. Ella es en sí posible, pero debe ser rechazada por regla general, siguiendo el *principio de confianza*. Según ello, todos deben confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos en tanto una «inclinación reconocible hacia el hecho» del otro no enerve esta suposición. Eso se considera mayormente sólo en la evaluación de la imprudencia, pero también debe regir para la participación dolosa. Pues no se plantea la cuestión del dolo allí donde ya la imputación al tipo objetivo es excluida debido a un riesgo permitido fundado en el principio de confianza. En el ejemplo debe rechazarse una complicidad, porque no basta una «apariencia sospechosa» basada en impresiones subjetivas para fundamentar una inclinación reconocible hacia el hecho. Para ello se necesitaría concretos puntos de apoyo que evidencien la probabilidad de una finalidad de empleo delictivo. Tal caso se daría p. ej. cuando los participantes en una encarnizada batalla campal compran armas en un negocio situado en un lugar visible. Si aquí el vendedor cuenta con que las armas se utilizarán para cometer lesiones corporales, puede ser hecho responsable como cómplice en dichos hechos con dolus eventualis.

Dado que en la mayoría de las «acciones cotidianas», sobre todo en los negocios de intercambio de la vida diaria, sólo raramente se presenta un saber seguro sobre un eventual uso delictivo del objeto entregado, y la admisión de una complicidad cometida con dolus eventualis mayormente fracasa por motivos del principio de confianza, las acciones cotidianas frecuentemente no llevan a una punibilidad. Puesto que en los casos de dolus eventualis el dolo del tercero no implicado no se extiende a un riesgo no permitido, falta un ataque al bien jurídico. Entonces, los límites de punibilidad desarrollados se basan, también para el segundo grupo de casos, en el fundamento penal de la participación y en principios generales de imputación.

Con ello termino este trabajo que dedico a Koichi Miyazawa, mi amigo y amigo de todos los penalistas alemanes, felicitándolo por su 65to. cumpleaños. Koichi Miyazawa ha ganado los mayores méritos en

560

561



¿Qué es la complicidad?

el Derecho penal alemán, por su divulgación en el Japón, por su cooperación científica y por la amistad personal entre los penalistas de ambos países. Lo saludo recordando con agradecimiento el Congreso japonés-alemán de Derecho penal en abril 1994 en Tokio y Kyoto. ¡Ad inultos annos!

562

•