

Claus Roxin
Günther Jakobs
Bernd Schünemann
Wolfgang Frisch
Michael Köhler

Sobre el estado
de la teoría del delito
(Seminario en la Universitat
Pompeu Fabra)

CIVITAS



Cuadernos
Civitas

Sobre el estado de la teoría del delito
(Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DíEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Claus Roxin
Catedrático de Derecho Penal,
Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho
Universidad de Múnich

Günther Jakobs
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Bonn

Bernd Schünemann
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Múnich

Wolfgang Frisch
Catedrático de Derecho Penal y Teoría del Derecho
Universidad de Friburgo

Michael Köhler
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Hamburgo

Sobre el estado
de la teoría del delito
(Seminario en la Universitat
Pompeu Fabra)



Primera edición, 2000

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2000, by Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd
Schünemann, Wolfgang Frisch y Michael Köhler
Civitas Ediciones, S. L.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-1534-3
Depósito legal: M. 47.037-2000
Compuesto en Producciones Gráficas Ferven, S. L.
Printed in Spain. Impreso en España
por Closas Orcoyen, S. L.
Paracuellos de Jarama (Madrid)

Edición a cargo de:

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal

Traductores:

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal

MARÍA TERESA CASTIÑEIRA PALOU
Catedrática de Derecho Penal

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ
Profesor Titular de Derecho Penal

DAVID FELIP I SABORIT
Profesor Titular de Derecho Penal

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Profesor Ayudante de Derecho Penal

RICARDO ROBLES PLANAS
Profesor Ayudante de Derecho Penal
(Universitat Pompeu Fabra)

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
Profesor Asociado de Derecho Penal
(Universidad Complutense de Madrid)

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y EXPRESIONES	11
NOTA PRELIMINAR	15
I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: ESTADO DE LA CUESTIÓN, por <i>Wolfgang Frisch</i>	19
I. LAS CONCEPCIONES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	22
1. <i>La teoría de la imputación objetiva de HONIG y sus modernos partidarios</i>	22
2. <i>Nuevas teorías de la imputación objetiva del resultado: la dependencia de la imputación del resultado de criterios específicamente jurídicos</i>	25
3. <i>La imputación objetiva en sentido amplio.</i>	31
II. EL RECONOCIMIENTO Y LA CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	34
1. <i>El auténtico núcleo de la disputa y de la crítica: la teoría de la imputación objetiva (en sentido estricto) normativamente orientada</i>	34
2. <i>El estado actual de la discusión y asentamiento de la teoría (normativamente</i>	

	<i>orientada) de la imputación objetiva (del resultado)</i>	37
	3. <i>La crítica a la teoría de la imputación objetiva</i>	40
III.	FUNDAMENTACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	45
	1. <i>La imposibilidad de renunciar al requisito de la creación de un peligro especial (desaprobado)</i>	45
	2. <i>La imposibilidad de renunciar al requisito de la realización del peligro desaprobado en el resultado</i>	48
IV.	CONSECUENCIAS: LA CUESTIONABILIDAD DE LA CRÍTICA (FINALISTA) A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	50
	1. <i>¿Son superfluos los presupuestos materiales?</i>	51
	2. <i>Los problemas de alcanzar la solución con los instrumentos disponibles en el ámbito subjetivo</i>	53
	3. <i>La presunta imposibilidad de realizar un juicio de peligro objetivo</i>	56
V.	CONSIDERACIONES DEFINITIVAS: SOBRE LA CUESTIONABILIDAD DE LA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	58
	1. <i>Imputación objetiva y conducta típica</i>	59
	2. <i>Cuestiones sobre la imputación de la conducta y cuestiones sobre la corrección de la conducta</i>	62
	3. <i>Consecuencias para la «gran» imputación.</i>	66
II.	LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: ESTADO DE LA CUESTIÓN, por Michael Köbler	69
	I. LA IDEA FUNDAMENTAL DE IMPUTACIÓN OBJETIVA	71

1.	<i>La imputación desde Aristóteles</i>	72
2.	<i>La «imputación» en la teleología empirista</i>	72
3.	<i>La imputación según el concepto jurídico de libertad</i>	73
II.	SOBRE EL ESTADO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA	76
1.	<i>Imputación «subjetiva» en el positivismo.</i>	77
2.	<i>Del nuevo planteamiento de la teoría final de la acción al funcionalismo</i>	78
3.	<i>La reaparición del concepto de imputación</i>	80
III.	CUESTIONES PARTICULARES DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	83
1.	<i>Esbozo de un concepto estricto de imputación subjetiva</i>	83
2.	<i>Viejas y nuevas contradicciones</i>	84
III.	LA CULPABILIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN, por <i>Bernd Schünemann</i>	91
I.	INTRODUCCIÓN	93
II.	EL SUBSTRATO DE LA CULPABILIDAD: ¿REALIDAD O COMUNICACIÓN SOBRE LA REALIDAD? .	98
III.	CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y LAS VARIANTES MODERNAS DE LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN.	114
IV.	LA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>	120
V.	LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD	125
IV.	LA OMISIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN, por <i>Günther Jakobs</i>	129
V.	LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, por <i>Claus Roxin</i>	155
I.	INTRODUCCIÓN	157
II.	LA JURISPRUDENCIA	158

1.	<i>La autoría inmediata</i>	158
2.	<i>La autoría mediata</i>	159
3.	<i>La coautoría</i>	162
4.	<i>La inducción</i>	163
5.	<i>La complicidad</i>	164
III.	LA DOCTRINA	165
1.	<i>Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación</i> ..	165
2.	<i>Cuestiones particulares</i>	170
	a) <i>Autoría inmediata</i>	170
	b) <i>Autoría mediata</i>	171
	c) <i>Coautoría</i>	172
	d) <i>Participación</i>	177
VI.	INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES, por <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	179
I.	LO NORMATIVO Y LO EMPÍRICO EN EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR FRISCH ..	181
II.	IMPRUDENCIA INCONSCIENTE Y DECISIÓN EN CONTRA DEL DERECHO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR KÖHLER	189
III.	LA BASE EMPÍRICA EN LA CULPABILIDAD. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR SCHÜNEMANN	193
IV.	¿DOMINIO DEL RIESGO O DEBERES ESPECIALES? LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR JAKOBS	197
V.	ACCIONES NEUTRALES Y OTRAS CUESTIONES. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR ROXIN	202

ABREVIATURAS Y EXPRESIONES

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
AT	Allgemeiner Teil (Parte general).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal Alemán).
BGHSt	Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán; procedimientos penales.
Cfr.	Confrontar.
cit.	citado.
ed.	edición, editor.
EPC	Estudios Penales y Criminológicos.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
DriZ	Deutsche Richterzeitung.
FS	Festschrift (libro homenaje).
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
JA	Juristische Arbeitsblätter.
JK	Jura-Rechtsprechungskartei.
JR	Juristische Rundschau.
Jura	Juristische Ausbildung.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristenzeitung.

LK	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar.
n.	nota.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
núm. marg.	número marginal.
<i>op. cit.</i>	obra citada.
p., pp.	página (-s).
<i>passim</i>	en toda la obra.
<i>scil.</i>	(es decir, o sea).
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal del Reich en materia penal).
s., ss.	siguiente (-s).
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán).
StV	Strafverteidiger.
<i>Vid.</i>	Véase.
vol.	volumen.
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
§, §§	parágrafo (-s).

Sobre el estado de la teoría del delito
(Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)

NOTA PRELIMINAR

Los días 28 y 29 de mayo de 1998 se celebró en la Universitat Pompeu Fabra un seminario bajo el título «Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana». Los textos que ahora se presentan corresponden a las ponencias entonces defendidas, con variaciones más o menos significativas según los casos.

En mi condición de coordinador de las jornadas, asumí la selección de los ponentes y les asigné las ponencias que acabaron escribiendo. La idea era que cada uno procediera a una caracterización del *status quaestionis* en su respectivo tema, aunque sin renunciar por ello a exponerlo de modo personal ni tampoco a introducir puntos de vista particulares. De todos modos, se trataba de abrir un amplio espacio para el debate, garantizado por la asistencia de los cinco ponentes a todo el seminario. El resultado fue una rica sucesión de ponencias e improvisadas contraponencias, así como una intensa discusión de

todos los temas, de la que se da cuenta someramente en el informe contenido asimismo en esta publicación.

La justificación de la selección de los ponentes no requiere una especial extensión. Se quiso garantizar, desde luego, la representación de los sectores más dinámicos de la dogmática alemana, que se vinculan al normativismo, si bien con diferencias sustanciales entre sí. Como importantes singularidades dentro de la adscripción genérica al normativismo pueden calificarse, en efecto, la orientación político-criminal, en ROXIN; el funcionalismo, en JAKOBS; la tendencia a la recuperación de un marco de signo ontológico, en SCHÜNEMANN; o la vinculación a consideraciones derivadas de la idea de injusto personal, en FRISCH.

La cuestión se hallaba en la determinación del contrapunto. Por un lado, podía entrar en cuestión algún autor finalista; pero lo cierto es que el debate dogmático alemán de los últimos años ya no tiene a los finalistas como protagonistas principales. De ahí que se optara por incluir una representación del círculo de ideas que, muy genéricamente, se suelen asociar al grupo de autores de Frankfurt. En este punto, y frente a autores mucho más conocidos entre nosotros, el elegido fue KÖHLER, profesor de Hamburgo que acababa de publicar un Tratado, esto es, una obra sistemática sin precedentes en esta línea de pensamiento, de profunda raíz kantiana ¹.

No voy a extenderme en destacar que el seminario, así planteado, fue un gran éxito y un estímulo singularísimo para cuantos pudimos participar en él. El lector que siga

¹ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg/New York, 1997. En el prólogo, KÖHLER reconoce la vinculación de las ideas que se sostienen en el texto con la línea representada por Ernst Amadeus WOLFF en el círculo de Frankfurt.

los textos y se represente la confrontación de ideas que allí tuvo lugar, podrá imaginarlo sin dificultad. De ahí que desee dedicar estas últimas líneas a agradecer su colaboración a las personas e instituciones que lo hicieron posible.

Así, tanto Ramon Ragués y Nuria Pastor, quienes asumieron la gestión de los aspectos organizativos del seminario, como, por otro lado, todos los traductores de las ponencias aportaron al seminario y al presente volumen un esfuerzo más que generoso. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Educación y Cultura, el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, el Comissionat per a Universitats i Recerca, el Deutscher Akademischer Austauschdienst, el Goethe Institut Barcelona, el Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona y la propia Universitat Pompeu Fabra, nos honraron con su patrocinio y nos ayudaron con su apoyo financiero. A todos, mi más sincero reconocimiento ².

Barcelona, diciembre de 1999

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

² El presente volumen se enmarca en el Proyecto PB 95-0988, financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior del Ministerio de Educación y Cultura.

I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:
ESTADO DE LA CUESTIÓN *

Wolfgang Frisch



* Traducción a cargo de Ricardo ROBLES PLANAS.

Responder a la cuestión acerca de la situación actual de la teoría de la imputación objetiva no es una tarea sencilla. Esta dificultad obedece, ante todo, al carácter sumamente difuso del objeto. La expresión «imputación objetiva» suele utilizarse con contenidos considerablemente divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión. En el marco de este breve trabajo no puedo abordar las diversas interpretaciones de la teoría de la imputación objetiva realizadas en los últimos decenios¹, sino únicamente podré aproximarme a las concepciones más importantes. En un segundo nivel se aclarará qué valor tienen tales concepciones en la actual discusión global

¹ Sobre esto véase KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, especialmente pp. 98 y ss., 330 y ss., 404 y ss., 538 y ss. Un panorama histórico puede hallarse en HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pp. 11 y ss., así como en KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 y ss.

sobre la imputación y, en particular, sobre la imputación objetiva y cuáles son las objeciones que se han vertido contra ella.

I. LAS CONCEPCIONES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. *La teoría de la imputación objetiva de HONIG y sus modernos partidarios*

El punto de partida del reciente debate dogmático sobre la categoría de la imputación objetiva lo constituye el famoso escrito de HONIG del año 1930². En este trabajo HONIG se propone abordar adecuadamente la relación entre acción y resultado que desempeña un papel fundamental en muchos tipos.

La doctrina reconocía abiertamente que la teoría de la equivalencia no describía satisfactoriamente esta relación, sobre todo por lo que respecta a los cursos causales completamente *extraordinarios*. Tampoco se consideraba acertado contemplar el dolo o la imprudencia como correctivos, trasladando así la solución del problema al ámbito de la culpabilidad, un ámbito sistemático al que pertenecían el dolo y la imprudencia según la comprensión de aquel momento. Un sector de la doctrina preconizaba un concepto de causalidad más limitado que ya en el ámbito del tipo se ocupara de filtrar determinados cursos causales, especialmente los *extraordinarios*. En concreto, éste era el punto de vista de la teoría de la adecuación (que exigía la previsibilidad del curso causal).

Partiendo de esta situación, HONIG dio un paso de suma importancia. Este autor puso en cuestión que la

² HONIG, *Frank-Festschrift I*, 1930, pp. 174 y ss.

categoría ontológica de la causalidad aprehendiera correctamente la relación típica entre acción y resultado. Desde su punto de vista y teniendo en cuenta las consideraciones generales realizadas por LARENZ sobre la imputación, lo realmente importante para el Derecho y los tipos penales es algo completamente distinto, a saber: si el resultado puede verse como la obra de una persona (y, por consiguiente, puede serle imputado). En este sentido, lo que caracteriza a las personas es que pueden configurar el mundo exterior según su voluntad, de manera que sólo puede considerarse «configurado» un resultado si es la consecuencia de una manifestación de la voluntad que controla un curso causal, y que, por consiguiente, «puede ser entendido como dispuesto finalmente». Sólo en este sentido un resultado puede ser objetivamente imputado y no, en cambio, cuando es fruto del mero acontecer casual. HONIG se sirvió del «caso del tío rico» (*Erbonkel-Fall*), caso aún hoy discutido, para ilustrar cómo algo no puede ser objetivamente perseguido como fin (*objektive Bezweckbarkeit* *).

La nueva óptica de HONIG es la base de gran parte de las más recientes consideraciones de la teoría de la imputación objetiva: sus defensores opinan que la relación

* La expresión «objektive Bezweckbarkeit» ha sido traducida de diversas maneras al castellano. Por ejemplo, LUZÓN PEÑA la traduce por «pretendibilidad objetiva» (en ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1997, p. 367). Por su parte SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ la traducen por «susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin» (en los mismos, «Estudio preliminar» a JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 29, n. 35). Sin entrar a discutir la traducción de esta difícil expresión alemana, aquí se ha preferido verterla al castellano mediante diversas perífrasis que, según creo, hacen más comprensible su significado en función del contexto en el que se utiliza (N. del T.).

entre acción y resultado no queda adecuadamente descrita con los conceptos de causalidad, invocando en este sentido claramente a HONIG³. Sin embargo, esta coincidencia en el objeto del problema y en la forma general de abordarlo constituye, a grandes rasgos, el único punto de contacto entre la teoría de la imputación (objetiva) del resultado de HONIG y la nueva teoría de la imputación objetiva. Más allá de este punto de partida común y de los fundamentos existen —como recientemente ha mostrado MAIWALD⁴— grandes diferencias. La más moderna teoría de la imputación hace depender la imputación del resultado de algo que va mucho más allá de la mera categoría prejurídica de que el fin pueda ser objetivamente perseguido. En ella interviene un amplio abanico de criterios jurídicos⁵. Tales criterios conducen a que una serie de resultados, cuya imputabilidad objetiva está fuera de toda duda sobre la base del criterio de la perseguibilidad objetiva del fin, se conviertan en resultados no imputados con la nueva teoría de la imputación objetiva⁶. Materialmente lo anterior significa que al valorar la crítica a la teoría de la imputación objetiva se debe diferenciar: muchas objeciones se refieren únicamente a las más recientes teorías de la imputación objetiva que contienen una mayor carga normativa, pero de ningún modo

³ Cfr., por todos, ROXIN, *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 133 y ss. [existe traducción al castellano de LUZÓN PEÑA, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal», en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 128 y ss.]; JESCHECK, *LK*, 11.ª ed., 1993, previo al § 13, núm. marg. 64, con ulteriores referencias en la n. 92.

⁴ MAIWALD, *Miyazawa-Festschrift*, 1995, pp. 465 y ss.

⁵ Por ejemplo, los aspectos de la creación de un peligro desaprobado, la disminución del riesgo, etc. Sobre ello, *vid. infra*, apartado 2.

⁶ Cfr. más detalles en MAIWALD, *Miyazawa-Festschrift*, pp. 468 y ss.

a aquella otra antigua perspectiva cuya corrección ha defendido últimamente de forma expresa MAIWALD ⁷.

2. *Nuevas teorías de la imputación objetiva del resultado: la dependencia de la imputación del resultado de criterios específicamente jurídicos*

En el centro de las nuevas argumentaciones a favor de la categoría de la imputación objetiva se halla —en todo caso— la cuestión de bajo qué condiciones la producción de un resultado puede ser atribuida al agente. Mientras que para HONIG sólo tiene importancia un momento prejurídico, o más exactamente, una realidad previa que el Derecho ha de considerar, en la actualidad son criterios específicamente jurídicos los que ocupan el lugar fundamental. Este nuevo rumbo no es casual, sino que se debe a que con la imputación objetiva se pretende explicar algo mucho más delimitado que lo descrito por HONIG. Para HONIG se trataba de si el resultado en sentido prejurídico puede verse como obra del sujeto, si bien cuando ello sucedía consideraciones jurídicas adicionales podían excluir la calificación del resultado como injusto. Por el contrario, con la nueva teoría de la imputación se trata decididamente de esta última cuestión; en todo caso, a salvo de eventuales causas de justificación, ésta pasa a ser la calificación fundamental ⁸. Este giro se percibe también en los criterios de imputación. Ahora son criterios genuinamente jurídicos: el sujeto al que se le

⁷ También para KÖHLER, *Strafrecht AT*, 1997, pp. 143 y ss., la dominabilidad (*Beherrschbarkeit*) desempeña el papel decisivo desde el punto de vista de la responsabilidad de la persona en el marco de la imputación objetiva.

⁸ En el marco de este trabajo no puede profundizarse sobre la relación entre esta perspectiva y la progresiva concepción de la teoría del tipo como tipo de injusto.

ha de imputar el resultado producido (como injusto) debe haber creado el peligro desaprobado de su producción (lo que comprende la idea de que el fin pueda ser perseguido objetivamente pero que aún más allá), peligro que además debe haberse realizado en el resultado⁹. Es evidente que con esta concepción de la relación objetiva se está describiendo algo completamente distinto a lo descrito por la teoría de la imputación de HONIG y de sus nuevos partidarios. Para HONIG la cuestión residía exclusivamente en delimitar los cursos causales que no desempeñan ningún papel para el Derecho. Por el contrario ahora se trata de precisar, dentro de esos cursos causales delimitados, cuáles son injustos y cuáles no, con independencia de eventuales causas de justificación. Brevemente: la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en una teoría que se pronuncia sobre el carácter injusto de los resultados producidos.

Este esquema articulado de manera más o menos precisa conduce a no imputar al autor el resultado causado (y objetivamente apto para ser perseguido como fin) cuando aquél no ha aumentado el riesgo de su produc-

⁹ Cfr., p. ej., ROXIN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., 1997, § 11, núm. marg. 39 y ss. [existe traducción al castellano de la 2.ª ed. a cargo de D. M. LUZÓN PEÑA/M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/J. DE VICENTE REMESAL, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1997]; RUDOLPHI, *SK-StGB*, 6.ª ed., entrega: noviembre de 1997, previo al § 1, núm. marg. 57 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 7/35 y ss., 78 y ss. [existe traducción al castellano de J. CUELLO CONTRERAS/J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995]; NK-PUPPE, 4.ª entrega, enero 1997, previo al § 13, núm. marg. 142 y ss., 183 y ss. En profundidad, con ulteriores referencias, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 18 y ss., 33 y ss.

ción, sino que, por el contrario, lo ha disminuido ¹⁰. Dado que el ordenamiento jurídico no puede prohibir la disminución de un riesgo, no hay fundamento alguno (en el ámbito del hacer positivo) para atribuir al autor la consecuencia producida (como resultado del injusto). A la misma conclusión debe llegarse en los casos en que, si bien no es posible hablar de disminución del riesgo, desde la perspectiva *ex ante* no existe ningún punto de apoyo para afirmar la posibilidad de la posterior producción del resultado, como sucede en los casos de cursos causales extraordinarios de los que tan intensamente se ocupó la doctrina antigua ¹¹. Incluso aquellas acciones que según la experiencia general pueden producir determinadas consecuencias deben tolerarse en interés de su utilidad bajo ciertas condiciones minimizadoras del riesgo ¹². Así, según los principios de la teoría de la imputación objetiva, si se materializa tal creación de un riesgo no desaprobado en el resultado, no podrá imputarse el resultado al agente cuando sea sólo manifestación del riesgo tolerado de manera general. Además, tampoco concurre la creación de un riesgo desaprobado que fun-

¹⁰ Sobre los casos de disminución del riesgo como causa de exclusión de la imputación objetiva, cfr., p. ej., ROXIN, *Honig-Festschrift*, p. 136.

¹¹ Cfr., p. ej., RUDOLPHI, *SK-StGB*, previo al § 1, núm. marg. 62, y WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 29, 91 y ss., 224; el mismo, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 22 y ss., pp. 27 y ss. [existe traducción al castellano de F. BALDÓ LAVILLA, «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ (ed.)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, pp. 37 y ss.].

¹² Así, los riesgos residuales son tratados como riesgos generales de la vida; cfr., p. ej., RUDOLPHI y WOLTER, *ibid.*

damente la imputación del resultado cuando éste se produce por el obrar autorresponsable de la víctima, de forma que el suceso aparece como una autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima¹³. Con todo, en relación con esta cuestión, existen aspectos discutidos en el seno de la teoría de la imputación objetiva. Me refiero a los criterios de la autorresponsabilidad o las — aún más discutidas— condiciones bajo las que puede imputarse un resultado a un agente cuando éste pertenece al actuar autorresponsable de un tercero: la solución de estos casos (que antiguamente se resolvían con ayuda de la «prohibición de retroceso» —*Regreßverbot* *—) va desde el uso de términos clave como la previsibilidad o el incremento del riesgo, la controlabilidad o finalidad, el principio de confianza o la adecuación social, hasta la imputación sólo en aquellos casos en los que la conducta posee una determinada referencia de sentido en dirección a la conducta delictiva del tercero¹⁴.

¹³ Sobre la problemática de la autopuesta en peligro, *vid.* FRISCH, *NStZ*, 1992, 1 y ss., 62 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 7/125 y ss.

* La traducción habitual castellana de «*Regreßverbot*» es «prohibición de regreso». Sin embargo, creo que es mejor traducirla por «prohibición de retroceso» en la medida en que «regresar» expresa la idea de un punto de partida (fundamentador de la imputación) y la «prohibición» sería sólo una forma de restringir tal imputación ya fundamentada, mientras que lo que se cuestiona en estos casos es precisamente si las conductas de terceros que intervienen con anterioridad al ejecutor inmediato son candidatas a una imputación en coautoría o participación, esto es, se discute la posibilidad («prohibición») de «retroceder» (fundamentar la imputación) hasta la responsabilidad de un sujeto que intervino con anterioridad (N. del T.).

¹⁴ Más referencias en FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 231 y ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, previo al § 1, núm. marg. 78 y s. En general, recientemente, *vid.* también WEIGEND, *Nishihara-Festschrift*, 1998, pp. 197 y ss.

El terreno se vuelve menos pantanoso cuando abandonamos el ámbito de la creación de un riesgo desaprobado y nos adentramos en el del *topos* de la realización del riesgo. Según reconocen los partidarios de la nueva teoría de la imputación, este segundo requisito de la imputación objetiva del resultado falta siempre que el riesgo desaprobado creado por el autor (p. ej., la muerte mediante un disparo) no es el que se realiza en el resultado, sino un riesgo tolerado unido a aquél, concretamente, un riesgo general de la vida (p. ej., la muerte de la víctima a la que se disparó como consecuencia de un accidente de circulación en el trayecto hacia la clínica). En la medida en que en tales casos la creación de un riesgo desaprobado reside en la lesión de una norma contra determinadas creaciones de riesgos (p. ej., del Derecho de la circulación), se habla también de un curso causal que se halla más allá del fin de protección de la norma lesionada cuando se realiza el riesgo acompañante y, por ello, el resultado no se imputa ¹⁵. Es obvio que pueden existir discrepancias sobre cuáles son los cursos causales que pertenecen al ámbito de protección de determinados tipos, sobre cuándo algo puede ser visto todavía como realización del riesgo creado por el autor y sobre cuándo ello ya no es posible, por ejemplo, en los casos de errores del tercero en relación con la evitación de determinados peligros ¹⁶. Sin embargo, el consenso básico de la teoría de la imputación objetiva no resulta afectado por tales controversias sobre meros aspectos de detalle.

Finalmente existe también acuerdo sobre el segundo grupo significativo de problemas de los que se ocupa la

¹⁵ Cfr., p. ej., ROXIN, *AT*, § 11, núm. marg. 72 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, 715 y ss.; PUPPE, *Jura*, 1997, 624 y ss.

¹⁶ Cfr., p. ej., BURGSTALLER, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 357 y ss.

cláusula de realización del riesgo: se admite que el resultado producido no debe imputarse al autor cuando éste se habría producido igualmente en caso de que la conducta del autor hubiera sido ajustada a Derecho¹⁷. Si la muerte del paciente —por una enfermedad que sólo podría detectarse en una autopsia¹⁸— se hubiera producido pese al obrar del médico conforme a la *lex artis*, de manera que tampoco se hubiera evitado mediante una actuación correcta, entonces la conducta incorrecta del médico es claramente casual. Por tanto, en estos casos falta el nexo de realización específico entre la conducta incorrecta y el resultado producido. Sin embargo, pese a existir acuerdo en la nueva teoría de la imputación en lo concerniente a estos aspectos básicos, éste desaparece cuando —como ocurre con frecuencia— no puede explicarse si el resultado hubiera podido evitarse o no mediante una conducta conforme a Derecho. La opinión absolutamente dominante niega la imputación del resultado en estos casos, pues no puede determinarse que el resultado sea consecuencia de la creación del riesgo desaprobado¹⁹. Ésta es también la opinión de la jurisprudencia (si bien siguiendo la terminología de la falta de causalidad de la infracción del deber o de la ausencia del nexo de antijuricidad). Una postura frontalmente opuesta, la denominada teoría del incremento del riesgo, aboga por la imputación del resultado en estos casos oscuros,

¹⁷ Cfr., p. ej., ROXIN, *AT*, § 11, núm. marg. 67 y ss.; JAKOBS, *AT*, 7/78. De forma panorámica, KÜPER, *Lackner-Festschrift*, 1987, pp. 247 y ss. Ulteriores referencias en FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 529 y ss.

¹⁸ Cfr. el caso de la sentencia BGHSt, 21, 59.

¹⁹ Cfr., p. ej., JAKOBS, *Strafrecht AT*, 7/98 y ss.; BGH, *StV*, 1985, p. 229, con comentario de SCHÜNEMANN; ulteriores referencias en FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 537 y ss.

contentándose con que esté claro que el agente mediante su conducta ha aumentado el peligro de la producción del resultado ²⁰.

3. *La imputación objetiva en sentido amplio*

Los dos géneros de teorías de la imputación objetiva hasta aquí estudiados coinciden en un aspecto (dejando de lado los pormenores y los criterios de imputación objetiva): el *topos* de la imputación objetiva está intrínsecamente ligado a un concreto problema de un determinado grupo de casos, a saber, se trata de la cuestión relativa al *nexo necesario* entre actuación del autor y producción del resultado en los delitos de resultado. Esta característica común permite trazar, por un lado, una distinción entre las diversas maneras de entender la imputación objetiva y los grupos de problemas tratados hasta el momento, y, por otro, una forma de entender globalmente la teoría de la imputación y la imputación objetiva que en ella se enmarca. Para la teoría de la imputación más amplia, la identificación de la imputación objetiva con el *nexo* entre acción y resultado muestra una restricción —en parte expresamente lamentada ²¹—. En consonancia con los antiguos principios del Derecho natural y de la filosofía de HEGEL, para los nuevos defensores de la teoría de la imputación se trata de entender y definir el delito como problema de imputación de un determinado

²⁰ Cfr., p. ej., ROXIN, *ZStW*, 74 (1962), pp. 411 y ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, previo al § 1, núm. marg. 65 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 647 y ss., para el ámbito del delito comisivo. Ulteriores referencias en FRISCH, *op. cit.*

²¹ Cfr., p. ej., HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 2 (n. 3); REYES, *ZStW*, 105 (1993), pp. 108 y 128 [existe versión al castellano del mismo, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1992, pp. 933 y ss.].

suceso a una persona en calidad de autor [*Urheber*] responsable del mismo.

Esta clase de modelos de imputación ha ido repitiéndose a lo largo de este siglo. El punto de partida lo constituye el trabajo del filósofo y civilista LARENZ sobre «La teoría de la imputación en Hegel» y «El concepto de imputación objetiva»²². En los años cincuenta, el escrito de habilitación de HARDWIG ofreció un modelo completo y preciso del delito como problema de imputación, en el que distinguía básicamente entre la imputación a la antijuricidad y la imputación a la culpabilidad, ubicando en este sistema los presupuestos habituales del delito²³. Ideas similares se hallan en HRUSCHKA (y en su discípulo JOERDEN), quien indica que la distinción entre imputación objetiva y subjetiva ya se encuentra a principios del siglo XIX como pauta básica para la comprensión de un delito. El propio HRUSCHKA distingue en su sistema, de un lado, la pregunta por la imputación (el movimiento corporal) como acción y las condiciones que para ello deben cumplirse y, de otro lado, el juicio sobre esa acción como antinormativa y la (segunda) imputación a la culpabilidad que se construye sobre la base del primer nivel de imputación²⁴. También WOLTER amplía el estrecho ámbito de la imputación objetiva, apostando por una imputación objetiva y personal no sólo del resultado, sino también de la conducta²⁵. Análogamente, otros

²² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, especialmente pp. 60 y ss.

²³ Cfr. HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, pp. 111 y ss.

²⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, pp. 3 y ss., y 36 y ss.

²⁵ Cfr. el título del trabajo de WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981 [Imputación objetiva y perso-

autores describen las distintas formas de autoría y participación como tipos de imputación²⁶. En el ámbito de la manualística, este concepto global de la imputación ha encontrado su más evidente reflejo en JAKOBS, quien denomina a la teoría general de las condiciones del delito simplemente como teoría de la imputación.

Naturalmente existe también algo que podría denominarse la parte objetiva de este concepto amplio de imputación²⁷. Sin embargo, la concreción de lo que pertenece exactamente a esta parte objetiva tropieza con mayores dificultades que los conceptos limitados de imputación a los que se ha aludido anteriormente. Esto no se debe solamente a que algunos representantes de este concepto amplio de imputación distinguan lo «objetivo» de lo «subjetivo» en el seno de su concepto central según unos criterios diferentes, lo que indudablemente explica que no pocos de los actuales presupuestos del delito se muevan en una resbaladiza clasificación entre lo objetivo o lo subjetivo. Más allá de eso, se pasan a considerar en la imputación objetiva determinadas cuestiones que desbordan la relación entre acción y resultado. Esto se manifiesta con especial claridad en el problema de si una determinada conducta que tiene algún déficit puede entenderse como acción (en el sentido de una conducta dominable) a los efectos de las causas de justificación. Si, llegado el caso, una conducta se amolda a la petición del titular del bien (consentimiento), se afirma que la lesión del bien que se acaba produciendo no puede imputarse

nal de la conducta, el peligro y la lesión en un sistema funcional del Derecho penal]. *Vid.* también REYES, *ZStW*, 105 (1993), pp. 108, 128 y ss., y 133, quien extiende expresamente la imputación objetiva a los delitos de actividad.

²⁶ Cfr., p. ej., BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungsstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 293 y ss.

²⁷ *Vid.* también REYES, *ZStW*, 105 (1993), pp. 108 y 128 y ss.

(normativamente) al agente, sino al propio titular del bien.

II. EL RECONOCIMIENTO Y LA CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La distinción entre las diversas concepciones de la imputación objetiva cobra también importancia cuando se intenta describir el panorama sobre el reconocimiento de la teoría de la imputación objetiva, de las objeciones vertidas contra ella y del acierto de tales objeciones.

1. *El auténtico núcleo de la disputa y de la crítica: la teoría de la imputación objetiva (en sentido estricto) normativamente orientada*

Realmente las manifestaciones sobre el reconocimiento, el asentamiento o la no aplicación de la teoría de la imputación objetiva, así como las objeciones vertidas contra ella, no afectan por igual a todos los modelos conceptuales mencionados. En la mayor parte de los casos, cuando se realizan tales manifestaciones se piensa únicamente en una versión de teoría de la imputación objetiva que se limita al tratamiento de una relación objetiva especial entre acción y resultado estableciendo determinadas condiciones específicamente normativas (como creación de un peligro objetivamente desaprobado, realización de ese peligro en el resultado producido).

Lo anterior se aprecia con gran claridad en la aguda crítica de Armin KAUFMANN a la teoría de la imputación objetiva, quien pone de relieve especialmente esta cuestión ²⁸.

²⁸ Cfr. KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 251, 252 y ss. [existe traducción al castellano de J. CUELLO CONTRERAS,

Aquello a lo que este autor se opone expresamente es a la necesidad, e incluso a la posibilidad, de un juicio de peligro y de una valoración en el ámbito del delito doloso que deba realizarse con anterioridad al análisis de la existencia de dolo para constatar de esta manera si existe un nexo objetivo suficiente entre acción y resultado. Armin KAUFMANN considera inadecuado y superfluo este aspecto fundamental de la teoría de la imputación objetiva, pero no pretende oponerse a la corrección de los presupuestos contenidos en la teoría de la imputación en sentido amplio, desde el punto de vista general y de sus fundamentos, al entender que son presupuestos materiales que en esencia son correctos y adecuados. En este punto puede discutirse si y en qué medida es acertado tratar estos presupuestos materiales (reconocidos de manera generalizada) como objeto de una teoría de la imputación objetiva y si esto no es más equívoco que clarificador.

Algo muy parecido sucede en relación con el concepto estricto de imputación objetiva del resultado que HONIG sostuvo y cuyo único representante actual es MAIWALD. Los requisitos de que el fin sea objetivamente perseguible, la capacidad de configuración o la dominabilidad del correspondiente curso causal han sido ampliamente reconocidos y nunca se mencionan dentro de los ataques contra la teoría de la imputación objetiva. En efecto, los críticos de la teoría de la imputación objetiva, que sobre todo proceden de posiciones finalistas, utilizan también esos criterios para excluir el castigo por un curso causal absolutamente exótico o determinados casos de producción del resultado mediando un tercero. La diferencia radica en que estos autores sitúan estos criterios en otras categorías. Así lo hacen, por ejemplo,

«¿Atribución objetiva en el delito doloso?», en *ADPCP*, 1985, pp. 807 y ss.].

cuando niegan la acción o la voluntad de realización en los casos de cursos causales exóticos por ausencia de dominabilidad o cuando niegan el dominio del hecho en los casos de interposición de un tercero²⁹. En este punto la discusión se limita a si no sería mejor mencionar el requisito material como tal y no presentarlo con un determinado ropaje (subjetivo).

Brevemente: el objeto de los pronunciamientos sobre el reconocimiento y asentamiento de la teoría de la imputación objetiva, así como su crítica, es esencialmente la versión de esta teoría que se ocupa de la específica relación entre acción y resultado postulando presupuestos específicamente normativos (realización en el resultado del peligro desaprobado creado). Las otras versiones de esta teoría se reconocen y merecen atención, sin embargo —dado que se califican como variantes terminológicas o como metáforas de presupuestos ampliamente admitidos— no se les tributa consideración de ningún género (cuestionando su reconocimiento o criticándolas decididamente). Ahora bien, por lo que respecta a la teoría de la imputación objetiva normativamente orientada, esto es, la versión que está en el punto de mira (crítico), ha de distinguirse también entre discusión material, reconocimiento real y crítica, por un lado, y meras objeciones terminológicas y variantes, por el otro.

²⁹ Cfr., p. ej., KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 92 y s. (especialmente la n. 67), p. 99.

2. *El estado actual de la discusión y asentamiento de la teoría (normativamente orientada) de la imputación objetiva (del resultado)*

Lo anterior es de aplicación a la cuestión de hasta qué punto está reconocida la teoría de la imputación objetiva o las condiciones materiales que proclama. Parece conveniente distinguir en lo sucesivo entre el delito doloso y el imprudente.

En el ámbito de los delitos imprudentes creo que los pilares fundamentales de la teoría de la imputación objetiva están ampliamente admitidos. Las diferencias son esencialmente de carácter terminológico (y lo mismo cabe decir respecto de la crítica a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos imprudentes). Unos hablan de creación del peligro desaprobado por parte del autor; otros utilizan el vocabulario tradicional de la dogmática del delito imprudente y exigen la presencia de una conducta contraria al deber de cuidado por parte del autor³⁰. Sin embargo, en una aproximación más ajustada a la noción de conducta contraria al deber de cuidado se observa rápidamente que en ella se presupone también la creación de un peligro para bienes ajenos que supere la frontera de lo tolerable. De manera similar, estamos sólo ante una mera variación terminológica cuando la específica relación entre peligro y resultado se describe presentando el resultado como realización del peligro desaprobado, argumentando que se halla en el ámbito de protección del tipo o bien hablando de la existencia de una relación de contrariedad a deber o antijuricidad³¹. En la cuestión de fondo existe

³⁰ Cfr., p. ej., KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 100 y ss.

³¹ Así, p. ej. (como crítico de la teoría de la imputación), KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 100, 108, quien, sin embargo, también observa esta identidad.

un amplio acuerdo³². Algunas modalidades de ausencia de imputación han llegado a ser reconocidas (pese a las reticencias iniciales), en especial por parte de la jurisprudencia. Entre ellas destaca la exclusión de la imputación del resultado por la autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima (por ejemplo, en casos de ingestión de drogas³³). En todo caso, debe advertirse que aún no contamos con un pronunciamiento más detallado por parte de la jurisprudencia acerca de la discusión sistemática sobre la trama de la teoría de la imputación. Allí donde existe una disputa (como, por ejemplo, la suscitada sobre la producción del resultado en los casos de comportamiento alternativo ajustado a Derecho), ésta no tiene nada que ver con la teoría de la imputación objetiva ni con su reconocimiento o no reconocimiento, como lo muestra claramente el hecho de que idénticas controversias existen también entre los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva (y existían igualmente con anterioridad al desarrollo de la misma).

Algo distinto parece suceder en el caso de los delitos dolosos. En este ámbito es inútil perder el tiempo buscando sentencias que renuncien a castigar con base en los requisitos de la teoría de la imputación objetiva (esto es, la ausencia de creación del peligro desaprobado o la falta de realización en el resultado de un peligro desaprobado objetivo previamente determinado). Por consiguiente, se afirma en no pocas ocasiones que la teoría de la imputación objetiva hasta ahora sólo ha sido reconocida, especialmente por parte de la jurisprudencia, en el ámbito de

³² Sin embargo, este acuerdo no se constata en relación con el mero incremento del riesgo como base de la imputación (cfr. KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 100 y ss.) existiendo, en este punto, desacuerdo entre los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva. Véase lo que sigue en el texto.

³³ Cfr., p. ej., BGHSt, vol. 32, pp. 262 y ss.

los delitos imprudentes y no así para el de los delitos dolosos³⁴. En mi opinión, solamente es correcto afirmar que en el ámbito de los delitos dolosos existe un buen número de opiniones doctrinales que no sólo lanzan críticas de carácter exclusivamente terminológico contra la teoría de la imputación objetiva, sino que además renuncian a sus presupuestos materiales (por inadecuados y superficiales)³⁵. Por lo que a la jurisprudencia respecta, no se debe sobrevalorar su silencio. Más bien, éste tiene su razón de ser en que la jurisprudencia carece, en gran parte, de motivos para tomar posición. Los casos como el de la herencia del tío rico son ciertamente ejemplos de cátedra muy bonitos, pero desde el punto de vista práctico no tienen ninguna significación: ¿quién intentaría matar a su enemigo —prescindiendo de todas las dificultades forenses de prueba en lo subjetivo— de forma tan extraña y poco fructífera? Igualmente, por regla general, quien quiere dañar a otro no lo hace mediante la producción de riesgos residuales tolerados en la circulación viaria. Los autores reales se esmeran por disponer del medio más eficiente, superando así claramente el riesgo tolerado (de manera que se cumple ampliamente con este requisito de la teoría de la imputación). No obstante, si un día se llegara a producir realmente uno de estos casos que no superan el mencionado requisito, integrando tan sólo riesgos socialmente adecuados, será ventilado mucho antes de que se produzca una decisión judicial dado que todo el mundo tiene la impresión de que tales acciones no interesan al Derecho penal (lo que supone en el fondo un reconocimiento tácito de la teoría de la imputación y no su negación). Con otras palabras, por lo

³⁴ Cfr., p. ej., WESSELS, *Strafrecht AT*, 27.ª ed., 1997, núm. marg. 196.

³⁵ Por ejemplo, Armin KAUFMANN, STRUENSEE y KÜPPER, entre otros.

que se refiere al delito doloso en la práctica serán sólo relevantes aquellos casos en los que exista un peligro real desaprobado o que, al menos, el autor parta de su existencia (de manera que se aprecie una tentativa inidónea). Los casos más ajustados a la realidad son aquellos que obligan a la jurisprudencia a tomar posición sobre la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del delito doloso, en concreto, son aquellos en que la ausencia de la creación del peligro desaprobado no es evidente tampoco en caso de concurrir imprudencia y el autor ha captado completamente el riesgo en cuestión y lo ha tomado en serio. Por ejemplo, quien entrega drogas a una persona autorresponsable tomando en serio el peligro de una sobredosis mortal (y se ha conformado con el resultado). En la práctica jurídica estos casos han sido decididamente extraídos del ámbito del dolo dado que, por regla general, existen dificultades para probarlo (o bien porque se descarta el dolo a causa de exigir la presencia de determinados elementos volitivos). Desde el punto de vista práctico, estos casos caen de lleno en el ámbito del delito imprudente.

3. *La crítica a la teoría de la imputación objetiva*

No obstante las consideraciones precedentes existe también una crítica real a la teoría de la imputación objetiva y un rechazo decidido. Los requisitos materiales de esta teoría han sufrido expreso rechazo sobre todo por parte de los partidarios de la teoría final de la acción. Sus representantes ven en conceptos como la creación del peligro desaprobado (y en parte también el de realización del riesgo) una normativización encubierta del Derecho penal que abriría la vía a la inseguridad jurídica ³⁶. Y no

³⁶ Así especialmente KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 93 y ss., y 100 y ss.

sólo esto. También ponen en duda la viabilidad del programa, esto es, la posibilidad afirmada por la teoría de la imputación objetiva de filtrar determinadas creaciones de peligros ya en lo objetivo, como consecuencia de la ausencia constatable de la creación de un peligro desaprobado³⁷. Pero además —se añade—, un específico juicio objetivo de peligro sería totalmente superfluo, por lo menos en el ámbito del delito doloso. Igualmente, no en pocas ocasiones se encuentra el argumento de la confusión entre la problemática del tipo y la de la antijuricidad: la cuestión de la creación de un peligro desaprobado requiere un juicio de antijuricidad que va más allá del tipo³⁸.

Estas objeciones necesitan ulterior explicación, especialmente la que atañe a la imposibilidad de una toma de posición sobre la creación del peligro desaprobado ya en lo objetivo y la que denuncia lo superfluo de la categoría de la teoría de la imputación. Ambos reproches fueron

³⁷ Así especialmente Armin KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 251 y ss., 265; STRUENSEE, *GA*, 1987, pp. 97 y ss., 105 [existe traducción al castellano de J. CUELLO CONTRERAS con la colaboración de J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «El tipo subjetivo del delito imprudente», en *ADPCP*, 1987, pp. 424 y ss.]; ROXIN, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1989, pp. 237 y ss., y 242 y ss. [existe traducción al castellano de E. CASAS BARQUERO, «Finalidad e imputación objetiva», en *CPC*, 1990, pp. 131 y ss.].

³⁸ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 213, 236 y s. [existe versión al castellano del mismo, «Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)», en *EPC*, 1980, pp. 105 y ss.]; STRATENWERTH, *Strafrecht AT I*, 3.^a ed., 1981, núm. marg. 230 en relación con el núm. marg. 348 y ss. [existe traducción al castellano de la 2.^a ed. a cargo de Gladys ROMERO, *Derecho penal, Parte general, I. El hecho punible*, Madrid, 1982]; *vid.* también MAIWALD, *Miyazawa-Festschrift*, pp. 476 y s.

formulados por Armin KAUFMANN y posteriormente adoptados y aumentados por otros autores finalistas. Según Armin KAUFMANN la imposibilidad de realizar un juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado se debe a que la cuestión de la permisón o prohibición de una determinada acción depende también de los conocimientos del autor ³⁹: si alguien entrega a otro un vehículo y posteriormente se produce un accidente mortal a consecuencia de un defecto en el sistema de frenos, la respuesta a la pregunta de si en la entrega existió o no una creación del peligro desaprobado depende de los conocimientos que tuviera el que la realiza. Si se conoce tal defecto se crea evidentemente un riesgo desaprobado en el acto de la entrega, mientras que si falta este conocimiento la solución puede ser otra (y si concurren determinadas condiciones, de hecho, es otra). En todo caso —según Armin KAUFMANN y su discípulo STRUENSEE—, no puede llegarse a una solución sin considerar lo subjetivo. Pero no sólo esto. Una vez se ha penetrado en el ámbito de lo subjetivo, la vuelta hacia el juicio de peligro resulta innecesaria. En el supuesto de ausencia de conocimiento es obvia la exclusión de un delito doloso. Y si el que entrega el vehículo ha llegado a conocer el defecto, lo racional es seguir preguntando si ha querido o ha tenido en cuenta la producción del resultado en lugar de regresar otra vez a la creación del peligro (aunque sólo sea pretendidamente) objetivo desaprobado.

Por otra parte, existen otras fundamentaciones sobre lo superfluo de la categoría de la imputación objetiva. KÜPPER, por ejemplo, sostiene la superficialidad de la teoría de la imputación objetiva para el ámbito de la

³⁹ Cfr., p. ej., Armin KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, p. 266; STRUENSEE, *GA*, 1987, pp. 97, 99 y s., y 105.

imprudencia, entendiendo que en este ámbito ya era suficiente el instrumental propio de la dogmática del delito imprudente para resolver los casos respecto a los que la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado categorías de imputación específicas⁴⁰. Existiendo el requisito de la infracción del deber de cuidado de la conducta no era necesario añadir la creación del peligro desaprobado. Igualmente innecesarios son el nexo de realización o la relación del fin de protección. La función de estos requisitos era ejercida desde hacía tiempo en la dogmática del delito imprudente por el conocido requisito de la relación de antijuricidad o de contrariedad al deber. Para el ámbito del delito doloso los críticos de la teoría de la imputación objetiva remiten al efecto filtrante del dolo y de los criterios de autoría⁴¹. El dolo en cuanto voluntad de realización impide calificar como conducta dolosa aquella en la que el autor dispone cursos causales altamente improbables estando más allá de la capacidad de dominio del ser humano. En los casos de producción previsible o aceptada del resultado mediando la conducta autorresponsable de la víctima o de un tercero se excluye la autoría dolosa precisamente por la ausencia de dominio del hecho por parte del causante.

Muchas de estas objeciones quedan superadas según lo que ya se ha venido afirmando. En particular la cuestión de que la teoría de la imputación objetiva no es necesaria para el delito imprudente porque ya se alcanzan soluciones adecuadas con el instrumental propio de la dogmática del delito imprudente (infracción del deber de cuidado, relación de contrariedad a deber), es una objeción de carácter esencialmente terminológico. Con ella no se pretende discutir la adecuación de los presu-

⁴⁰ Cfr. KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 100 y ss.

⁴¹ Cfr. KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 92 y ss.

puestos materiales de la imputación del resultado, sino que por el contrario se está reconociendo. En efecto, la presencia de la creación del peligro desaprobado se presupone en la infracción del deber de cuidado; y que el resultado deba atribuirse a la contrariedad al deber de la conducta, se corresponde con el requisito de que todo peligro desaprobado, en virtud del cual la conducta está prohibida y es contraria al deber de cuidado, debe haberse realizado. Con el reconocimiento de la infracción del deber de cuidado la referencia a la normativización excesiva y a los peligros de la falta de seguridad jurídica se torna inverosímil. Es difícil imaginar un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado ⁴². En todo caso, podría entenderse la objeción en el sentido de que tal normativización e inseguridad podría evitarse en el ámbito del delito doloso, dado que en este ámbito se dispone de conceptos más precisos y menos normativizados, como el de dolo (en cuanto voluntad de realización) que implica un cierto poder sobre el hecho, y el de (ausencia) de dominio del hecho, para los casos de producción del resultado con la intermediación de la víctima autorresponsable o de un tercero. Sin embargo, es dudoso que estos conceptos sean tan claros y superen en estos aspectos a los conceptos de la teoría de la imputación objetiva, como afirman sus críticos. Pero, sobre todo, el reproche de normativismo y de su imprecisión es insostenible cuando los conceptos normativos criticados resultan ya irrenunciables por razones materiales. Las posibles imprecisiones deben aceptarse, o bien rectificarse en la medida de lo posible mediante ulteriores concreciones, pero va mal encaminado quien, en lugar de remitir la cuestión de fondo a estos

⁴² Cfr. por todos, recientemente, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 99 y ss.

conceptos lo haga a otros que, siendo aparentemente más precisos, no son correctos. A su vez esto significa que una toma de posición definitiva ante esta objeción sólo es posible si nos hemos remitido al contenido material de los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva y lo hemos reconocido como correcto. Nos ocuparemos de esta cuestión a continuación, lo que al mismo tiempo nos permitirá tomar posición frente al resto de objeciones (en especial las que provienen de Armin KAUFMANN y STRUENSEE).

III. FUNDAMENTACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. *La imposibilidad de renunciar al requisito de la creación de un peligro especial (desaprobado)*

El punto de partida de las consideraciones que siguen es la idea de que casi toda acción puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien. Que ello no debe bastar para desaprobado una conducta se explica por sí solo. Una concepción así conduciría a una limitación de la libertad que a nadie le interesa (en especial, tampoco a las potenciales víctimas si se imaginan como afectadas por esas limitaciones de la libertad).

Para una prohibición debe atenderse únicamente a un círculo mucho más estrecho de formas de conductas posibles. Esencialmente deberá producirse la circunstancia de que el afectado por la limitación de la libertad que supone la prohibición de la conducta pueda aceptarla, por estimarla racional, desde la posición de potencial afectado por la conducta. Al orientarnos de esta manera,

no existirá por regla general ninguna razón para la limitación de la libertad por la mera posibilidad de la producción de un resultado, si la producción de esa consecuencia (en caso de que surjan determinadas condiciones adversas) puede tener lugar posteriormente conforme a la experiencia. Pero aun cuando no sea éste el caso, debe rechazarse desde un punto de vista racional la desaprobación tomando como punto de referencia la mera posibilidad de las consecuencias negativas. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando existen ciertas aunque altamente improbables posibilidades respecto a las cuales la prohibición de la correspondiente conducta afectaría tan sólo a riesgos menores no significativos. En relación con tales riesgos nadie renuncia racionalmente a las actividades que implican su producción, sino que todos contamos con ellos (también de manera racional) en el sentido de los riesgos generales de la vida. En cambio, la situación es bien distinta —por lo que respecta a las limitaciones excesivas de la libertad— cuando se explicitan puntos de referencia concretos en la existencia de las circunstancias potencialmente lesivas o se trata de posibilidades fundamentadas en la experiencia sobre cuya base se podría orientar racionalmente la propia conducta hacia la evitación del daño. Lo mismo sucede cuando, pese a no existir para los demás ningún punto de referencia de circunstancias necesarias que conduzcan a la lesión de un bien, el autor desde su perspectiva posea conocimientos especiales. Si ello es así, naturalmente, el agente, que llegado el caso, como potencial víctima desearía la omisión de la conducta, tiene que aceptar lo mismo en la posición del autor y con ello también la necesidad de la limitación de la libertad en forma de desaprobación de su conducta. Otras consideraciones que tienen también significado para los intereses de la víctima respecto a una limitación de la libertad de los demás (que debe ser aceptada recíprocamente por aqué-

lla) son la dependencia o independencia de la realización del peligro por la propia víctima en cuanto persona racional y responsable o por eventuales terceros: allí donde la producción de una determinada consecuencia depende de la conducta delictiva de terceros autorresponsables o de la propia conducta errónea, pero en todo momento evitable, no se podrá en general desaprobado la conducta, limitando así la libertad de actuación, sino sólo contemplar la racionalidad o responsabilidad del tercero o de la propia víctima como garantía suficiente ante la producción del daño.

No es necesario continuar con estas consideraciones. Lo dicho hasta el momento muestra que, para llegar a una desaprobación jurídica (por suponer una extralimitación en la libertad tolerable), sólo podrán tenerse en cuenta aquellas formas de conducta que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino a partir de ciertas circunstancias sobre la posibilidad de producción del daño (por ejemplo: imposibilidad, consideración posterior, presencia de concretos puntos de referencia para la existencia de determinadas circunstancias, independencia de la realización del riesgo del actuar de personas racionales, etc.). De manera similar, otros riesgos tampoco constituyen una razón para legitimar la limitación de la libertad (y con ello la desaprobación de las formas de conducta unidas a esos riesgos). Por ejemplo, riesgos mínimos que no se temen por compartirse ampliamente el interés de su desarrollo; riesgos que se realizan sólo en caso de conducta errónea de un tercero racional, etc. Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados. No

cambia un ápice lo anterior el hecho de que tales acciones acarreen consecuencias típicas. Un resultado así no conforma el injusto del resultado (imputable) porque no se trata de la manifestación de una conducta injusta. Igualmente tampoco cambia nada, en principio, el hecho de que una persona, en el marco de las libertades reconocidas jurídicamente, desee el mal a los demás. Las malas intenciones, deseos, esperanzas o creencias pueden hacer que la conducta sea inmoral, pero la distribución jurídica de la libertad queda siempre intacta. Todo esto significa: la teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón el estimar adecuado el primer presupuesto material para la afirmación de un injusto imputable. No puede renunciarse a un requisito cuyo contenido es que la conducta que conduce al resultado típico debe presentarse como creación de un peligro desaprobado.

2. *La imposibilidad de renunciar al requisito de la realización del peligro desaprobado en el resultado*

También parece irrenunciable el segundo requisito material de la teoría de la imputación objetiva: la específica relación (de realización) entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido. Las lesiones de bienes exigidas en los delitos de resultado no interesan como dato naturalístico, sino como expresión del injusto (injusto del resultado). Este carácter injusto no se fundamenta porque el resultado producido pueda ser causalmente explicado por una acción humana (en el sentido de una conducta imputable). Más bien, es necesario que el resultado se muestre como una discrepancia de la situación jurídicamente deseada. Y ello no sólo no se da cuando el resultado se produce como consecuencia de una acción que se muestra como expresión de la libertad reconocida jurídicamente —faltando, por consi-

guiente, la creación desaprobada del riesgo—, sino que puede no concurrir incluso pese a que la acción suponga una infracción de la libertad. Concretamente, faltará el segundo requisito de la teoría de la imputación objetiva si, pese a estar ante una creación de un riesgo desaprobado, el resultado producido nada tiene que ver con *esa* infracción de Derecho, es decir, no es su consecuencia específica. Las fronteras del Derecho en la configuración de lo prohibido no pretenden impedir todo lo imaginable bajo circunstancias en las que su conservación es sólo casualmente evitable. Tales fronteras adquieren legitimación en la medida en que con su ayuda (sistemáticamente) se pueden impedir determinados sucesos y consecuencias y este impedir es racional en cuanto estado jurídico a garantizar. Por consiguiente, sólo puede hablarse de injusto en el sentido de consecuencias injustas cuando ha tenido lugar un suceso cuya no producción pertenece al estado jurídico, esto es, está jurídicamente garantizado. Falta también la conducta jurídicamente desaprobada (infracción de la libertad) cuando la consecuencia circunscrita al tipo se hubiera producido igualmente en caso de una conducta conforme a Derecho (respeto de las fronteras de la libertad jurídica). La producción hipotética del resultado en caso de conducta (alternativa) ajustada a Derecho muestra que la producción real del resultado no es la consecuencia específica de la conducta antijurídica. En estos casos ha acaecido un suceso a cuya evitación no se refiere la limitación de la libertad y para cuya evitación tampoco está legitimada, de manera que el resultado producido no es una perturbación del estado jurídico, sino una consecuencia asumida por un estado jurídico que no se ve afectado por los riesgos residuales de determinados desarrollos de la libertad. Sin embargo, lo mismo se debería admitir cuando, además de constatar que el resultado no se habría producido si se hubiera dado una conducta adecuada a Derecho (la

conducta alternativa ajustada a Derecho hubiera consistido en la omisión de la acción; ejemplo: si el autor no hubiera disparado sobre la víctima ésta no habría sufrido tampoco un accidente durante el viaje hacia la clínica), se ha realizado un curso causal cuya evitación se halla fuera del ámbito de los cursos causales que deben ser evitados mediante la limitación de la libertad (esto es, fuera del ámbito de los cursos causales que para su evitación puede legitimarse la limitación de la libertad). En este sentido, una acción que no puede calificarse como injusto en referencia a la posible evitación de determinados cursos causales, no se convierte en infracción de la libertad e injusto con relación a esos cursos causales sólo por el mero hecho de que constituya infracción de la libertad e injusto por referencia a la posible evitación de otros cursos causales que no se han realizado. Si se realiza un curso causal que está fuera de la base de la legitimación de la limitación de la libertad y de la prohibición, lo que se realiza entonces es un riesgo acompañante tolerado como tal o un riesgo general de la vida, de manera que el resultado producido no puede definirse como injusto en el sentido de lesión del estado jurídico.

IV. CONSECUENCIAS: LA CUESTIONABILIDAD DE LA CRÍTICA (FINALISTA) A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Ante los fundamentos brevemente esbozados, la crítica a los presupuestos materiales de la teoría de la imputación objetiva (no así otras críticas ⁴³) resulta en gran medida injustificada.

⁴³ Sobre ello, *vid. infra*, apartado V.

1. ¿Son superfluos los presupuestos materiales?

La afirmación anterior es especialmente válida para la objeción de que los presupuestos materiales de la teoría de la imputación objetiva son superfluos, resultando innecesaria su introducción, y comporta una peligrosa normativización (especialmente en la configuración del requisito de la creación de un peligro desaprobado⁴⁴). Esta crítica no es sólo poco convincente y exclusivamente de carácter terminológico con respecto a los criterios con los que habitualmente se trabaja en el ámbito de los delitos imprudentes (infracción del deber de cuidado, acción que contiene un peligro intrínseco). Además es también errónea por lo que respecta al ámbito del delito doloso. El injusto en el delito doloso no sólo consiste en la producción causal del resultado típico mediante una conducta imputable como acción más determinadas exigencias en el ámbito de lo subjetivo (intención de la producción del resultado; tener por posible, etc.). Injusta es únicamente la conducta —independientemente de las finalidades subjetivas, etc.— si se manifiesta como infracción del Derecho. Del mismo modo los resultados producidos constituyen sólo injusto si son la consecuencia específica de tal infracción de la libertad. Los déficits que puedan existir en este ámbito no pueden compensarse mediante lo subjetivo. Por consiguiente, deben admitirse también las normativizaciones y vaguedades unidas a estos presupuestos objetivos irrenunciables en la medida en que éstas sean inevitables.

En todo caso, no tiene ninguna relevancia respecto a lo dicho que en el ámbito del delito doloso se puedan ahorrar frecuentemente mayores consideraciones sobre la

⁴⁴ Cfr. especialmente KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 93 y ss., 100 y ss.

creación del peligro desaprobado (o sobre la realización del peligro), cuando es evidente, por ejemplo, la ausencia de dolo. Esta conclusión es ciertamente correcta desde el punto de vista de la técnica de análisis, pero se trata únicamente de un argumento de economía metodológica. El hecho de que sea suficiente negar el dolo para negar el castigo por un delito doloso no afirma absolutamente nada sobre la estructura del injusto (y otros elementos objetivos del injusto) del delito doloso. La cuestión de la estructura del delito doloso y de las condiciones necesarias por razones materiales debe separarse de la cuestión del método de análisis y de las razones económicas.

Independientemente de lo anterior, la solución en el ámbito del delito doloso es también problemática por el hecho de que existen casos en los que el autor se ha representado lo que la teoría de la imputación objetiva intenta filtrar mediante sus presupuestos materiales. Es más, el autor puede decidir iniciar el curso causal en virtud de esa representación que la teoría de la imputación objetiva excluiría: el sujeto puede imaginarse que un curso causal es altamente improbable pero haber apostado por él; quien entrega a una «víctima» autorresponsable drogas, etc., puede haber previsto el peligro de una sobredosis letal e incluso (porque le odia) haberlo aprobado. Quien desea matar a su enemigo disparándole puede haberse representado que la víctima muera en un accidente de ambulancia durante el traslado hasta la clínica y haberlo admitido, etc. ¿Debe castigarse al autor en tales casos por un delito doloso consumado? Ni siquiera los críticos de la teoría de la imputación objetiva desean llegar a esta conclusión. Sin embargo, ellos no evitan este resultado a partir del nivel objetivo, sino mediante la dilatación de los requisitos subjetivos. De esta manera son ellos los que ahora se exponen a ulteriores objeciones.

2. *Los problemas de alcanzar la solución
con los instrumentos disponibles
en el ámbito subjetivo*

Por de pronto, con el reconocimiento de tales requisitos, la crítica a la teoría de la imputación objetiva se está retractando de la objeción del carácter superfluo de los filtros adicionales postulados por esta teoría. Estos autores reconocen también la necesidad de añadir ciertos requisitos a la causalidad de la acción. Sucede que tales requisitos adicionales se acentúan subjetivamente: se presentan como precisión del dolo o de la imputación al dolo (desviación esencial o inesencial del curso causal ⁴⁵) o bien como dominio del hecho que comprende también elementos subjetivos. Observando las cosas con mayor detenimiento en seguida se llega a la conclusión de que estos requisitos subjetivos poseen siempre un núcleo objetivo y que lo objetivo se intenta incluir, de algún modo, en lo subjetivo. Así, por ejemplo, la voluntad de realización característica del dolo (que no se da en el caso de la herencia del tío rico y en otros supuestos similares) se define mediante el poder final sobre el hecho; en el marco del problema de las desviaciones que excluyen el dolo la calificación depende de la previsibilidad y la congruencia (esto es, circunstancias inequívocamente objetivas), etc. En este punto conviene plantearse la pregunta de si con el recurso a determinados substratos objetivos en el marco de lo subjetivo no existe acaso un reconocimiento implícito de determinados filtros objetivos irrenunciables. Hay una cosa en todo caso segura: en casos de delito consumado la cuestión no depende de lo objetivo como elemento de lo subjetivo; lo objetivo ha de existir realmente. El poder final sobre el hecho que está contenido en el dolo como voluntad de realización tiene

⁴⁵ Cfr. KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 96 y ss.

que darse en la realidad. Igualmente el autor ha de tener un dominio real sobre el hecho en casos de interposición de terceros; el curso causal debe ser objetivamente previsible y congruente en casos de producción de un curso causal distinto al representado, etc. ⁴⁶. Todo esto significa que, en realidad, los críticos de la teoría de la imputación objetiva trabajan también con requisitos objetivos, si bien una vez situados (por razones de economía en el análisis como es la eliminación de aquellos supuestos en los que falta claramente el dolo) en el marco de lo subjetivo. Difícilmente afirmará alguien que ese retorno a lo objetivo es un acierto. En todo caso, los problemas de carácter objetivo no se convierten en cuestiones subjetivas sólo por el hecho de que se discutan —por determinados motivos de economía del análisis— en este último ámbito.

La diferencia entre la teoría de la imputación objetiva y sus críticos se reduce en este punto esencialmente a que ambos trabajan con distintos criterios objetivos. Mientras que la teoría de la imputación objetiva emplea conceptos como «creación de un peligro desaprobado» y la necesidad de la «realización de ese peligro desaprobado», los críticos preguntan si la producción del resultado es expresión del poder sobre el hecho o dominio del hecho del autor, o si es previsible y congruente con lo querido por éste. Los conceptos de los críticos están fuertemente orientados hacia lo ontológico —aunque sólo en parte—. Con ello pretenden evitar los peligros de la inseguridad jurídica predicados de los conceptos normativos de la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, tal extremo es muy dudoso puesto que saber hasta dónde llega exactamente el poder final sobre el

⁴⁶ Sin embargo KÜPPER, *Strafrechtsdogmatik*, p. 97 considera superfluo este segundo requisito.

hecho, cuándo existe dominio del hecho y qué no puede preverse es cualquier cosa menos algo inequívoco y, precisamente por ello, objeto de innumerables controversias. *A fortiori* lo anterior puede predicarse del elemento altamente normativo de la congruencia (¿bajo qué punto de vista?) entre lo representado y el curso efectivamente acaecido. Más importante es todavía un segundo punto. Se trata de la idea de que las categorías ontológicamente orientadas de los críticos no pueden abordar o aprehender los criterios que son decisivos en aras de la circunscripción de lo jurídico y de la libertad y la delimitación del ámbito del Derecho. Lo decisivo no son simplemente criterios ontológicos como el «poder» de producir el resultado o de que sea perseguible objetivamente como fin (¿cuál es su significado exacto?), sino perspectivas como la de que determinados riesgos mínimos (que casi toda acción conlleva) de producción del resultado no pueden constituir una razón legítima para prohibirlos si no se pretende anular por completo la libertad, etc. En los casos de posible producción directa e inmediata del resultado mediando un tercero o la víctima, las cosas dependen mucho menos todavía de la presencia de dominio del hecho (¿cómo debe entenderse?); más bien lo decisivo es que, en principio, no existe ninguna razón para una limitación de la libertad en tanto la producción de lesiones a los bienes dependa aún del actuar de una persona autorresponsable y de su decisión responsable sobre ello. Evidentemente estos principios, criterios y consideraciones tampoco quedan concretados directamente mediante conceptos globales de carácter normativo como el de «creación de un peligro desaprobado». Pero los conceptos de estas características describen al menos el baremo fundamental y están abiertos a admitir ulteriores criterios más precisos que decidan sobre la desaprobación de la creación del peligro.

3. *La presunta imposibilidad de realizar un juicio de peligro objetivo*

Queda aún por abordar la objeción formulada por Armin KAUFMANN y STRUENSEE relativa a que no sería posible un juicio sobre la existencia de una creación del peligro desaprobado apelando a un fundamento exclusivamente objetivo porque es necesario considerar también, por ejemplo, los conocimientos especiales del autor referentes a los momentos del peligro. Según este punto de vista, la realización del tipo (o su no realización) se determina fundamentalmente con arreglo a lo subjetivo y no habría ninguna razón para retornar a la noción de creación de un peligro desaprobado⁴⁷. Ante ello hay que afirmar que es correcto que en la cuestión relativa a la creación de un peligro desaprobado no puede prescindirse completamente de los conocimientos especiales disponibles por el autor. Las razones de ello ya fueron mencionadas anteriormente: se puede esperar (y se espera de manera racional) que aquel que conoce elementos de peligro que los demás desconocen (es decir, normalmente), los considere en la orientación de su conducta. Si no lo hace se extralimita en su libertad. Sin embargo, es falso que al hacer esto nos estemos moviendo ya en el marco del tipo subjetivo del delito doloso. En primer lugar, no interesan sólo las circunstancias en las que piensa el autor en el momento del hecho. Su conducta puede estar también desaprobada si no considera circunstancias experimentadas anteriormente y que debería haber considerado en la decisión sobre su acción. En segundo lugar, es también erróneo proceder basando el juicio de peligro en esta anticipación a los conocimientos individuales o subjetivos (en sentido amplio) y no en las cir-

⁴⁷ Cfr. Armin KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 251, 265 y ss.; STRUENSEE, *GA*, 1987, pp. 97 y ss.

cunstancias objetivas. Evidentemente las circunstancias del peligro especiales conocidas por el autor o experimentadas por él en algún momento existen también real y objetivamente (en caso de realización posterior del peligro). En realidad, la mirada hacia las experiencias individuales sólo sirve para determinar de entre todas las circunstancias que concurren en el momento de la acción, pero que son desconocidas para las personas que actúan, aquellas que (junto a las que son normalmente conocidas) deben ser consideradas en el juicio de la creación del peligro desaprobado (o de lo jurídicamente correcto o incorrecto) de la conducta.

Así las cosas, cobra sentido sólo una parte de la afirmación sobre la imposibilidad de un juicio puramente objetivo de la creación del peligro desaprobado: la perspectiva de que un anticipo de los conocimientos y experiencias del autor puede ser necesario en el juicio del peligro y de su desaprobación realizado según parámetros objetivos y fundamentado en circunstancias objetivas. O dicho de otro modo: que el juicio sobre la creación de un peligro desaprobado no se encuadra en un esquema de análisis que distinga de manera estrictamente naturalista entre circunstancias objetivas y subjetivas. Aquí la cuestión decisiva es qué significa esta conclusión, y en especial, si afirma realmente algo en contra de la adecuación de los presupuestos materiales postulados por la teoría de la imputación objetiva. En mi opinión eso no sucede. Se trata exclusivamente de un esquema de análisis que —rompiendo realidades unitarias— separa herméticamente lo objetivo de lo subjetivo, pero no es la medida de todas las cosas. Esto se observa con mayor claridad si se reflexiona sobre la razón de fondo de la adopción de dicho esquema. El binomio «objetivo-subjetivo» se puede invertir si a estas categorías y a la determinación de las circunstancias objetivas y subjetivas va unida sólo

una concepción de las circunstancias más o menos libre de valoración, abordándose la cuestión de lo justo o el injusto en un segundo nivel. Si, por el contrario, se ve en el tipo un tipo de injusto o de desvalor, entonces resultará altamente dudoso un procedimiento así. Sólo puede reflexionarse sobre lo justo o lo injusto, o sobre si algo es justo o injusto de forma típica (es decir, exceptuando eventuales causas de justificación), si se observan los principios de la constitución de lo justo y, por ende, también de lo injusto. Si la constitución jurídica hace depender el problema de determinadas circunstancias subjetivas, entonces esto significa, a la vez, que la cuestión de si una conducta realiza el tipo de injusto no puede responderse sobre la base de una separación estricta entre lo objetivo y lo subjetivo. En realidad esto no significa sino que un esquema empeñado en la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo no es adecuado para lograr una correcta aprehensión del objeto, y de eso se trata (lo justo y el tipo de injusto). Brevemente: la objeción dirigida contra la teoría de la imputación objetiva sobre la imposibilidad de un juicio puramente objetivo afecta exclusivamente a un esquema que distinga de esa forma tan tajante, creyendo poder encajar la constitución jurídica y la determinación del injusto típico en un rígido esquema «objetivo-subjetivo» (cosa que, por lo demás, tampoco puede realizarse recurriendo únicamente a lo objetivo).

V. CONSIDERACIONES DEFINITIVAS:
SOBRE LA CUESTIONABILIDAD DE LA EXTENSION
DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Con la conclusión de que los presupuestos materiales postulados por la teoría de la imputación objetiva son correctos en aras de la imputación del resultado se ha superado la principal crítica a dicha teoría. Sin embargo,

la plausibilidad de los presupuestos materiales de la imputación del resultado no significa que se deba estar completamente de acuerdo con todos los pormenores de esa teoría. En concreto hay algo que no debe excluirse de antemano: que determinados presupuestos de los que depende (también) la imputación no son condiciones de la imputación, sino que afectan a un círculo de problemas que se anticipan a ella y de los que depende la imputación del resultado. En mi opinión esto es exactamente lo que sucede (como ya he tratado de demostrar en trabajos anteriores ⁴⁸).

1. *Imputación objetiva y conducta típica*

En mi opinión, especialmente el requisito de la creación del peligro desaprobado unido a la acción no es un presupuesto de la imputación ⁴⁹. Si no hay creación de un peligro desaprobado unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un peligro desaprobado es aquello que convierte a determinadas formas de conducta en conductas típicas. Cuando falta este aspecto falta también la conducta presupuesta en los tipos de los delitos de resultado consumados. Naturalmente con ello falta también la posibilidad de imputar al autor un resultado producido con ocasión de esa conducta. Pero esto obedece sólo a que la imputación de un resultado como injusto presupone una conducta injusta y precisamente esto es lo que no se da.

⁴⁸ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 33 y ss.

⁴⁹ Y no sólo por el hecho de que la imputación objetiva debe distinguirse de la constitución jurídica; sobre ello, *vid. infra*, apartado 2.

Lo anterior se manifiesta con absoluta claridad en los casos de disminución del riesgo. Una conducta que reduce el riesgo de producción de determinadas lesiones de bienes no es una conducta prohibida desde el principio; lo que en todo caso puede recriminarse desde el punto de vista jurídico es no haber reducido suficientemente el riesgo. Pero también en los casos en que no se ha incrementado claramente el riesgo de producción de un determinado suceso en relación con otras posibilidades inequívocamente toleradas de ocasionar tales sucesos, falta en realidad una prohibición de la conducta (si llega a verificarse uno de estos sucesos). Lo mismo es válido también allí donde se aprecia un incremento del riesgo pero la acción está (en esencia) permitida en interés de la utilidad que aporta, en todo caso, bajo el cumplimiento de determinadas condiciones que minimicen el riesgo. Finalmente, el mismo efecto produce la circunstancia de que determinadas consecuencias sólo puedan desencadenarse mediante la actuación de la víctima o de un tercero autorresponsables (en sus respectivos casos). Y ello no sólo en el sentido de una exclusión de la imputación del resultado, sino que se excluye (en interés del respeto a la libertad) ya la posibilidad de una prohibición de aquellas conductas que posibilitan o provocan tales acciones. Lo anterior se reconoce desde hace tiempo en el ámbito del delito imprudente, donde en estos casos (o en buena parte de ellos) se niega la infracción del deber de cuidado (de la conducta). Lo mismo sucede en el ámbito del delito doloso. Aquí sólo se trata de auténticos casos de ausencia de imputación del resultado cuando la conducta del autor ciertamente muestra la creación de un riesgo desaprobado (y por ello está prohibida), pero en el resultado finalmente producido no se ha realizado aquel peligro, sino un riesgo tolerado de modo general (bien mirado incluso aquí lo que falta es una acción prohibida en dirección al suceso que se ha realizado y ésta es exacta-

mente la razón por la que resulta inadecuada la imputación del resultado).

Frente a la crítica acabada de esbozar se podría replicar —entre otras cosas⁵⁰— que desde el punto de vista de la relación entre conducta y resultado, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que en estos casos se renuncie desde el principio a la conducta prohibida o bien, después, a la imputación del resultado producido. De hecho, en el ámbito del delito imprudente no importa si se niega el desvalor de la conducta por ausencia de la creación del peligro desaprobado, o bien se niega la imputación del resultado dado que en el delito imprudente esto último es suficiente para negar tanto la presencia del injusto como la del castigo. En el ámbito del delito doloso de resultado las cosas son bien distintas. La negación de la imputación del resultado producido por la falta de creación de un riesgo desaprobado anula ciertamente la posibilidad del castigo por el delito doloso consumado. Sin embargo, que en los supuestos en que una acción únicamente comporta un riesgo tolerado deba negarse el castigo de la tentativa, no significa que sea plausible extender la categoría de la imputación del resultado al delito consumado⁵¹. Aquí la apreciación de que falta una conducta prohibida por ausencia de una creación del peligro desaprobado requiere evidentemente una mayor explicación. Y ello porque naturalmente una conducta que no está prohibida bajo las circunstancias tomadas por base por el autor (y que corresponden

⁵⁰ Cfr. complementariamente las consideraciones críticas de ROXIN, *AT*, § 11, núm. marg. 46.

⁵¹ Cfr. también HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 60; *vid.* complementariamente —pero también citando mayores ventajas— FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 44 y ss.

a la realidad) no puede calificarse como tentativa. Tales ventajas explicativas para la tentativa así como su correspondencia en el delito imprudente no son las únicas razones que hablan en favor de la calificación de la creación del peligro desaprobado como esencia del injusto de la tentativa (y de la conducta típica en los delitos de resultado). En la misma dirección se mueve la consideración de que para la constitución del injusto de la conducta y para la imputación del resultado en sentido estricto basada en tal injusto de la conducta rigen diversos principios (como la perspectiva *ex ante*, por un lado, y el juicio *ex post*, por el otro ⁵²).

2. *Cuestiones sobre la imputación de la conducta y cuestiones sobre la corrección de la conducta*

Con todo, la objeción que he realizado anteriormente sobre la excesiva dilatación de la imputación del resultado en detrimento (o descuido) de la categoría de la conducta típica (incluyendo la infravaloración del injusto de la conducta) no es aún la objeción más importante. En efecto, esta objeción está excesivamente orientada a las categorías del delito, de manera que no debe silenciarse que la teoría de la imputación objetiva mezcla, además, determinadas cuestiones y aspectos del problema al presentarlo todo como imputación de resultados.

Como problema de imputación se puede entender con buenas razones la cuestión de si un movimiento corporal (que, por ejemplo, desencadena un resultado) puede definirse como acción de una persona, esto es, como conducta humana que cumple unos determinados requisitos

⁵² Sobre ello, *vid.* FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 71 y s.

y precisamente por eso es imputable a la persona ⁵³. Esta cuestión suele incluirse —entre otras— también en la imputación del resultado, puesto que naturalmente un resultado sólo puede imputarse una vez imputada la conducta que ha provocado ese resultado a la persona como acción (y esto significa: como manifestación de la persona). Asimismo estamos evidentemente ante un problema de imputación cuando nos cuestionamos si el resultado producido puede ser imputado a la persona como consecuencia de esa acción. Esto cobra relevancia en relación con la cuestión que especialmente interesa en el ámbito de la imputación del resultado relativa a si éste puede imputarse a la persona como consecuencia específica de la conducta desaprobada y en principio antijurídica. En concreto, en el sentido de que el resultado se manifieste como realización de un curso causal para cuya evitación sirve la prohibición de la conducta que es imputable a la persona como acción. De nuevo puede hablarse de imputación en un sentido distinto cuando se trata de si la conducta antijurídica imputable a la persona como acción es también imputable a ella como culpable, acaso porque la persona podría (y debería) haberla evitado en caso de que hubiera existido la posibilidad de orientarse hacia el Derecho ⁵⁴.

Sin embargo, no estamos ante una cuestión a resolver mediante determinadas reglas de imputación cuando aludimos a lo que sirve de referente en estos niveles de imputación ⁵⁵ y en otros posteriores (por ejemplo, la

⁵³ Sobre ello, *vid.* HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, pp. 3 y ss.

⁵⁴ *Vid.*, p. ej., HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, pp. 36 y ss.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, p. ej., HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung, passim*.

imputación a la culpabilidad): esto es, la cuestión de si lo que debe ser visto como acción y posiblemente también imputado a la culpabilidad debe estar jurídicamente desaprobado. En este punto interesa exclusivamente el contenido del Derecho —la relación de la concreta conducta con el Derecho—, esto es, la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los individuos, la amplitud y las fronteras de la libertad que debe ser reconocida. Estos contenidos deben distinguirse de las reglas de la imputación; ellos se constituyen mediante otros criterios y principios. Son el baremo que preexiste a la persona sobre la base del cual tiene ésta que orientar la acción imputable, con el que la persona mide la acción que le es imputable y con referencia al cual también se efectúa la pregunta acerca de (la imputación a) la culpabilidad. Este baremo no se determina mediante criterios de imputación (tales como la controlabilidad de una conducta o que un resultado pueda perseguirse como fin). Las cuestiones de esta índole sólo son relevantes para la constitución jurídica en la medida en que la descripción y limitación de la libertad se refiere a la conducta imputable de personas. El reconocimiento y limitación de derechos y libertades y, unido a ello, de la desaprobación de determinadas conductas, es producto, más bien, de principios que ofrecen un baremo totalmente abstracto en el seno del programa del ordenamiento jurídico: en especial la idea de llevar la libertad individual a una relación aceptable para todos los actores (recíprocamente) respecto a la libertad (y los bienes) de los demás, según una ley general⁵⁶. Forman parte de esta idea sobre todo criterios que se llevan practicando desde hace tiempo en el marco de la llamada ponderación de intereses, tales como la idoneidad y

⁵⁶ Es evidente que aquí no puede abordarse con detalle la discusión general sobre el concepto y los criterios del Derecho, los principios de la constitución jurídica.

necesidad de determinadas restricciones de la libertad para la conservación de los bienes y libertades, la valoración positiva de determinados bienes y libertades, la esperabilidad de determinadas medidas de protección por parte de los propios titulares de derechos responsables, etc. Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución jurídica (y a la discrepancia de una determinada conducta del Derecho) con cuestiones relativas a la auténtica imputación. En todo esto no influye en absoluto la circunstancia de que la cuestión del contenido del Derecho desempeñe algún papel en el marco de la imputación (jurídica) de las consecuencias, imprimiéndole un carácter material y sistemático, pero no por ello convirtiéndose en un problema de imputación ⁵⁷. Por este mismo motivo parece plausible limitar la imputación del resultado a aquello que realmente son cuestiones de imputación, es decir, a la pregunta que surge una vez determinada la acción imputable y su desaprobación (a consecuencia de la importancia de los riesgos) relativa a si el resultado producido es la consecuencia específica de ese actuar desaprobado e imputable a la persona, de manera que, al igual que la propia conducta desaprobada, puede también serle imputado en tanto expresión de la conducta injusta.

⁵⁷ Lo mismo puede afirmarse si en relación con la libertad jurídicamente reconocida y sus límites se habla de ámbitos de responsabilidad o de competencias que sirven a la evitación de determinadas acciones o consecuencias: el puente semántico evidente entre tales competencias y la imputación (en caso de «no cumplimiento» de las competencias) no influye tampoco en que la constitución jurídica que ofrece el baremo para la valoración de la acción imputable sea una cuestión distinta de la imputación en sí misma (del actuar y de las consecuencias).

3. *Consecuencias para la «gran» imputación*

Lo dicho acerca de la teoría de la imputación del resultado orientada normativamente es de aplicación, con mayor motivo, a una idea que conciba la determinación general de la existencia de un delito como problema de imputación. Una concepción semejante más allá de la cuestión de la desaprobación de la conducta (a consecuencia del riesgo que conlleva) convierte también una gran cantidad de los más variados contenidos del ordenamiento de conductas en problemas de imputación, empezando por el consentimiento, pasando por la legítima defensa y el estado de necesidad y acabando en el ejercicio de los derechos derivados de un cargo. Esto es problemático, cuando no erróneo, en la medida en que estos contenidos nada tienen que ver con la imputación, sino que sólo ofrecen o limitan los derechos orientados a determinados principios de la garantía recíproca de libertad. No cambia nada de ello el hecho de que esta garantía de la libertad o la limitación de la libertad sea naturalmente (cuando la conducta se corresponda con ella o la contradiga) significativa para la imputación y ofrezca razones para formular las cuestiones relativas a la imputación (por ejemplo, en los casos de consentimiento o de estado de necesidad, a quién debe cargarse con determinadas afectaciones del bien o perturbaciones de la vida en común). La trascendencia del Derecho y de la configuración de las relaciones jurídicas para las cuestiones relativas a la imputación no los convierte en un problema de imputación en sí mismos.

Con las consideraciones precedentes se ha intentado clarificar cuándo puede estar justificado calificar la presencia de los presupuestos del delito como problema de imputación (y la parte objetiva de tal imputación como imputación objetiva). Esta forma de entender la imputación supone que el hecho de cuya imputación se trata no

es como tal un problema, acaso porque su contrariedad a las reglas, su antijuricidad o su desaprobación (si existe una acción) está clara. En realidad de lo que se trata es sólo de si el hecho en cuestión es imputable como acción y como descuido o ausencia de cuidado respecto a la conducta jurídicamente correcta (y además «a la culpabilidad»). Sería ir demasiado lejos reflejar aquí si estos presupuestos también se dieron en tiempos anteriores. En todo caso, hoy ya no se puede seguir hablando de ello. En un numeroso grupo de casos no está claro por dónde transitan las fronteras del Derecho. En todos estos supuestos no se debe proceder como si sólo se tratara de cuestiones sobre la imputación. Por el contrario, el problema nuclear es la cuestión de si lo que debe ser imputado en cada caso constituye una infracción del Derecho o bien se mantiene en el seno del mismo (en cuyo caso huelgan las cuestiones relativas a la imputación y no se «imputa» nada a la víctima). Y también es la propia constitución jurídica lo que debe tenerse en cuenta en el ámbito, que muchos contemplan como puro problema de imputación del resultado, de qué riesgos están desaprobados y qué riesgos están todavía tolerados de modo general. Generalmente tal ámbito es cualquier cosa menos un ámbito claro.

II. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: ESTADO DE LA CUESTIÓN *

Michael Köhler



* Traducción a cargo de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ.

Me referiré en mi exposición al concepto de imputación subjetiva. Y lo haré presentando primero la idea básica de imputación subjetiva en su perspectiva histórica (I), para después proceder a detallar el estado de la doctrina alemana (II) y, finalmente, someter a discusión su repercusión en lo que a algunas cuestiones concretas se refiere (III).

I. LA IDEA FUNDAMENTAL DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

En la idea de imputación se halla en juego el fundamento mismo del Derecho penal respecto a sujetos que llevan a cabo conductas: ¿en qué medida su conducta, en relación con una norma, resulta esencial a efectos de delito y pena? La idea pasa por tres hitos fundamentales.

1. *La imputación desde Aristóteles*

Desde la exposición de ARISTÓTELES en el libro tercero de la *Ética a Nicómaco*¹, la imputación subjetiva forma parte del patrimonio cultural europeo como presupuesto para el mérito y el castigo: sólo merece aprobación, o bien reproche y castigo, el obrar voluntario [*freiwillig*]; no, en cambio, lo que sea involuntario, y esto es, sobre todo, lo que se lleva a cabo no sabiendo del concreto significado normativo del actuar.

Por de pronto, esta idea es presentada bajo una perspectiva teleológico-objetiva que une Ética y Derecho. Esto es, el ser humano por medio de su razón toma parte originariamente de un orden objetivo. Según ARISTÓTELES, el ser humano, o se ordena por naturaleza (*physei*) a la comunidad o no es tal ser humano. De ahí que, por lo general, la infracción grave de la norma se ha de imputar a su mala voluntad. En la doctrina jurídico-penal de la imputación es característico atribuir ordinariamente la *ignorantia iuris*; en este sentido es determinante la aportación de PUFENDORF².

2. *La «imputación» en la teleología empirista*

En la concepción empirista, que partiendo de Thomas HOBBS determinaría después el pensamiento anglosajón, los conceptos de Derecho, Derecho penal e imputación pasan a entenderse en términos aparentemente funcionales. El sujeto no se encuentra ya vinculado en la comunidad de manera originaria, sino que racionalmente aspira por sí mismo de forma egoísta a la felicidad y al

¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, III, 1 y ss.; al respecto, KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 103 y ss.

² Cfr. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, 1672, I, V, 8.

poder. El Derecho, en cuanto a su contenido, pasa a considerarse como un mero ordenamiento exterior de necesidad, que está en función de lo que al soberano absoluto le parezca oportuno. Por lo que se refiere al aspecto metodológico, ello da lugar a la teoría de los imperativos y a la idea de la «pena» como medio de coacción jurídica contramotivadora según las concepciones preventivas. La imputación subjetiva servirá entonces como criterio para apreciar la desviación subjetiva respecto de la norma externo-objetiva, y como medio para graduar la necesaria contramotivación. Dolo e imprudencia se distinguirán, por consiguiente, como «niveles de conducción».

La teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, con su empeño en reinterpretar los presupuestos de la imputación subjetiva como elementos característicos de la coacción psicológica, sería buena muestra de ello; también, la imprudencia inconsciente [*Unbedachtsamkeit*] constituye una modalidad de la desviación³.

3. *La imputación según el concepto jurídico de libertad*

La idea básica originaria se refuerza gracias al principio de autonomía. El ordenamiento jurídico resulta legitimado de forma novedosa a través de la autodeterminación racional en la comunidad de personas: el giro copernicano en el pensamiento europeo se produjo especialmente con ROUSSEAU y KANT. Ésta es la realidad del derecho de libertad, de la idea de Estado de Derecho desde la Revolución francesa. El obrar libre se define como acto de aplicación de una regla que entonces se hace presente, de una ley válida con carácter general.

³ Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.ª ed., Gießen, 1832, §§ 55 y ss.

Para la objetividad de ésta, la razón del sujeto (según esa concepción) resulta co-constitutiva. Obsérvese: esto vale —frente a la teoría positivista de los imperativos— también para la ley del Derecho, esto es, para el necesario reconocimiento de la persona del otro en la relación externa. KANT lo formula con las siguientes palabras ⁴: «La personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales (o sea, bajo las leyes de la libertad)». Lo cual abarca por igual tanto el Derecho como la Ética, aunque con distinto modo de validez. En consecuencia —y cito—, «imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una conducta, que desde ese momento se denomina hecho (*factum*) y que se halla bajo la ley (*scil.* de la libertad)». Por tanto, la imputación se basa en la relación refleja del sujeto agente respecto a la norma objetiva, o mejor, en la continua co-constitución de la norma en el realizarse de la conducta.

Para los conceptos de injusto y delito se deriva de ello lo siguiente: en cuanto a la relación jurídica externa, el delito es necesariamente injusto, una lesión de la libertad objetiva externa. Esto se deduce de una mera construcción del delito de carácter subjetivo, etizante, en la línea,

⁴ Cfr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung IV (Akademische Aufgabe, vol. VI, pp. 221 y ss., 223, 227); al respecto, E. A. WOLFF, en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 137 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997, pp. 9 y ss. [Reproducimos las frases citadas: «die moralische Persönlichkeit ist nichts anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen (d.h. Freiheits-) Gesetzen.» «Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung das Urteil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heißt und unter Gesetzen (*scil.* nämlich der Freiheit) steht, angesehen wird» (N. del T.).]

por ejemplo, de la llamada teoría del injusto subjetivo. Al apreciar el injusto en la intención injusta, sin objetivización relevante de la libertad, se produce una infundada confusión entre Ética y Derecho.

De este modo, la imputación subjetiva acaba logrando su propia independencia en la fundamentación del Derecho penal, liberándose también de la antigua teleología. En primer lugar, si la autodeterminación general es constitutiva del Derecho objetivo, entonces debe definirse el delito como negación fundamental del Derecho a través, en especial, de la validez general negativa que se contiene en la decisión subjetiva. Así, el delito es ruptura, por igual, objetiva y subjetiva, de la relación jurídica, o bien de las relaciones jurídicas de reconocimiento. En segundo lugar, la imputación subjetiva se acoge en la concreta relación jurídica como un presupuesto independiente. Sin embargo, ya no resulta posible determinar dicha imputación de forma tan evidente por sí misma como en el mundo cerrado de la teleología. En atención a la complejidad de las modernas relaciones jurídicas, la conformidad subjetiva de la validez será reconocible como propia aportación de la razón. Lo cual puede faltar por causas subjetivamente no imputables. Característico de ello es el reconocimiento por principio de que el error sobre la prohibición excluye la culpabilidad. Esta autonomía de la imputación subjetiva fue muy expresivamente formulada por HEGEL⁵: «El Derecho de la voluntad

⁵ Cfr. HEGEL, *Rechtsphilosophie*, §§ 115 y ss., 117, 120, 132; al respecto, KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 199 y ss.; *Strafrecht*, AT, 1997, pp. 117 y s. [el texto recogido por el prof. KÖHLER dice así: «Das Recht des Willens aber ist, in seiner Tat nur dies als seine Handlung anzuerkennen, und nur an dem Schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zweck weiß... die Tat kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden; — das Recht des Wissens» (N. del T.)].

consiste en que en su hecho sólo se reconozca como su propia acción aquello de lo presupuesto que conoce como finalidad, y sólo sea culpable de eso... el hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad; —como el Derecho del saber»; en la misma relación se halla la expresión «Derecho de la subjetividad».

Dicha comprensión, que es la que acaba imponiéndose, sería recibida en la doctrina jurídico-penal, pero con desviaciones. Característico de ello es el pensamiento de FEUERBACH. En su doctrina de la imputación es el primero en formular, aunque con terminología vacilante, los presupuestos firmes de la imputación subjetiva en Derecho penal; a pesar de ello, en puntos esenciales cae dicho autor en un positivismo de responsabilidad sólo objetiva. Podría hablarse de un desplazamiento, por medio del Estado absoluto y su Derecho penal, de la teoría de la imputación basada en la libertad. De lo dicho, cabe resaltar cómo del principio jurídico de la libertad deriva un concepto de delito como conducta que debe incluir una negación subjetivamente imputable y objetivamente grave de la relación jurídica de reconocimiento.

II. SOBRE EL ESTADO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA

La situación actual debe caracterizarse como una polémica entre el objetivismo de la norma o funcionalismo, de un lado, y una concepción de la doctrina de la imputación orientada al concepto de libertad, de otro. En el punto de encuentro de ambas posiciones se halla la doctrina final de la acción con su tan fructífera ambigüedad ⁶.

⁶ Cfr. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 19

1. *Imputación «subjetiva» en el positivismo*

En la concepción del delito llamada clásica, la imputación subjetiva consiste en la relación «psíquica» del autor con la conducta típica objetiva y formalmente antijurídica, por medio de las modalidades yuxtapuestas de «dolo» e «imprudencia». Casi se ha perdido la decisiva relación con el concepto básico de conducta humana.

La asimetría, acuñada en el positivismo por la metodología de HOBBS, entre «sujeto» como súbdito y Derecho objetivo —de la que la teoría de los imperativos es muestra característica— deja al teorema de la imputación subjetiva sin un fundamento basado en el concepto de Derecho y en la justificación de la pena. Es sorprendente comprobar cómo ello trae igualmente consigo que el dolo y la imprudencia se conciban, de manera aparentemente convencional y a la postre carente de reflexión, porque la Ley lo dice, como «formas de culpabilidad». Con el predominio en el Derecho de la idea de fin social, con el predominio en el Derecho penal de las ideas de fin —que culmina con la Escuela moderna—, se acaba entendiendo el delincuente como algo subjetivo-objetivo potencialmente perturbador: el lado subjetivo del hecho, de ser un constitutivo del Derecho y del delito, pasa a ser un factor, entre otros, de la peligrosidad objetiva. En un «Derecho penal» concebido como Derecho de lucha [contra la criminalidad], ya no encuentran cabida ni determinar qué relevancia tiene el error de prohibición para la culpabilidad, ni criticar severamente que la *culpa* simple se sancione. En las todavía más fundamentales desviaciones, en especial las de la criminalidad tendencial o la habitual, pierden su función garantista los con-

y ss.; E. A. WOLFF, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964.

ceptos de imputación subjetiva y culpabilidad, al pasar a un Derecho de medidas de seguridad, regido por ideas teleológicas.

2. *Del nuevo planteamiento de la teoría final de la acción al funcionalismo*

Con la concepción teleológico-valorativa del delito —después, concepción ético-personal (entendiendo el delito como lesión del bien jurídico, como infracción de un deber, y como desvalor de la actitud interna)— se percibe un replanteamiento de la idea de imputación subjetiva. Dicho replanteamiento presenta cierta ambigüedad.

Por un lado, la acción personal es constitutiva del concepto de delito en relación a la realización del tipo. El lado fuerte de la doctrina de la acción final de WELZEL radica en que se vuelve a ubicar la teoría hegeliana de la acción en el concepto de dolo: acción dolosa no encierra un burdo naturalismo, sino que se trata de la concepción autoconsciente de la realidad. Sin embargo, dicha lógica conduce a afirmar que lo decisivo será el conocimiento del significado normativo, el saber del autor respecto al bien jurídico que es negado con su actuar. El elemento subjetivo del injusto, como por ejemplo el ánimo de lucro, no se entiende sin la concepción subjetiva de patrimonio; algo parecido puede afirmarse con el dolo de lesión personal. Por otro lado, el finalismo se halla estrechamente ligado a una teleología objetiva de los valores, quedándose así, como si dijéramos, a medio camino. La voluntad del autor es un mero objeto de valoración; y el injusto se convierte en desvalor «ético-social» del acto. En esta medida, se desarrolla, sobre todo en la escuela de Armin KAUFMANN, una teoría etizante del injusto subjetivo, que reproduce una vez más la «teoría normativa de la culpabilidad». A partir de entonces, la «imputación

subjetiva» ya no es, según dicha doctrina, un principio unitario. Por una parte, por lo que se refiere al concepto de dolo, se alude a una realización subjetiva real de la validez. Pero, por otra parte, se alude a la mera posibilidad de comprensión —«cognoscibilidad subjetiva», «evitabilidad», «reprochabilidad»—. La ruptura entre elementos de la imputación subjetiva y de una atribución teleológico-objetiva se compadece mal con la definición objetiva de evitabilidad del error de prohibición ⁷ (significativamente para los casos del autor pasional, tendencial, o por convicción). También la punibilidad de la imprudencia inconsciente responde a este fenómeno. Esta contradicción fundamental condiciona todavía en Alemania —y en esa medida se trata de un resultado perceptible en toda Europa— la doctrina dominante, como también el estado de la legislación y la praxis penal. Siempre se ha visto la contradicción en materia de imprudencia inconsciente (*culpa*), pero también en la interpretación que se ofrece del § 17 StGB sobre la «evitabilidad», sobre el «motivo» para tomar en consideración la norma («adecuación de la conciencia»). El Derecho penal acaba siendo un Derecho especial de medidas coercitivas.

Como consecuencia, el paso al funcionalismo no está lejos. En lugar de la relación objetiva de valor se recurre sólo a la función de la «sociedad», del «sistema». Los presupuestos de la «culpabilidad» —entre comillas— acaban determinándose conforme a derivaciones teleológicas de la prevención general (positiva), perdiendo así su entidad respecto del «derecho del sujeto». Este proceso supone, en cuanto al contenido, un paso atrás respecto al concepto de acción formulado por WELZEL ⁸. La

⁷ Cfr. BGHSt, vol. 2, pp. 194 y ss.; detalladamente, GROTE-GUTH, *Norm- und Verbots- (Un)kenntnis*, 1993.

⁸ Cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; su re-aproxima-

imputación subjetiva se diluye como concepto sistemático, a la par que se cuestiona sobre todo la posición dominante y constitutiva, que posee el dolo del hecho en el concepto de delito. La divergencia objetiva en cuanto tal, el actuar negligente o la «ceguera ante el Derecho» pasan a ser formas básicas del «delito».

3. *La reaparición del concepto de imputación*

En cambio, la doctrina de Arthur KAUFMANN sobre la culpabilidad de la voluntad ⁹ representa —también por su conexión con ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO— ante todo una clara re-aproximación a la antigua doctrina de la imputación. En cuanto a la evolución histórica de la doctrina, resulta también relevante el libro que en 1957 publicara Werner HARDWIG sobre la imputación. KAUFMANN insiste en que la punibilidad presupone la consciente negación de la norma; por lo que en materia de error de prohibición sigue la llamada teoría del dolo. En consecuencia, critica la punibilidad de la imprudencia meramente inconsciente (*culpa*). Partiendo de su origen teleológico-valorativo se aproxima a la posición básica, representada también por SCHMIDHÄUSER ¹⁰ al insistir en el «contacto valorativo» del autor, que le lleva a adop-

ción al concepto autónomo de culpabilidad se muestra en el mismo, *Das Schuldprinzip*, 1993 [existe traducción española de ambos trabajos: del primero, a cargo de C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Culpabilidad y prevención», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 73 y ss.; del segundo, a cargo de M. CANCIO MELIÁ, «El principio de culpabilidad», *ibidem*, pp. 365 y ss. (N. del T.)].

⁹ Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 127 y ss.

¹⁰ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed., 1975, 6/16 y ss.; 10/1 y ss., 57 y ss.

tar la llamada teoría del dolo; pero resulta éste menos consecuente que KAUFMANN en cuanto que acepta sancionar la imprudencia inconsciente. En dicho contexto se enmarcan también viejos intentos de reducir la autoría tendencial o la habitual a procesos subjetivos de decisión. Así, por ejemplo, la posición —que enlaza con difusas representaciones de la culpabilidad por el carácter— sostenida de forma clara por BOCKELMANN, quien acuña el concepto de culpabilidad por la decisión de vida —por lo demás, perceptible en la tradición aristotélica¹¹—. Se trata —a pesar de sus restricciones individualistas— de una posición correcta, pues no es cuestión de definir como materia meramente objetiva (como *Devianz*) el fenómeno de la delincuencia habitual que en las circunstancias actuales se va imponiendo en la realidad del Derecho penal y que invariablemente se desarrolla en las relaciones institucionales y de manera clara desde la juventud. Por el contrario, debe contemplarse dicho fenómeno también bajo el punto de vista de la imputación subjetiva. Lo cual en algunas circunstancias puede resultar también costoso para la sociedad, pues desea encauzarse la culpabilidad de las distintas personas por su carencia de dominio y según responsabilidades objetivo-sistémicas. De ello derivan estrictas consecuencias para la medición de la pena, como también para la necesaria dureza de ésta, o su formación abierta a alternativas: todo esto cuestiona la justicia de la imputación y pone de manifiesto que no se trata de meras consideraciones propias del Estado autoritario o del de bienestar.

¹¹ Cfr. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 1940; sobre la conexión entre los fundamentos, E. A. WOLFF, 1964; KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, pp. 353 y ss.; KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, pp. 105 y ss.

El defecto de las posiciones hasta ahora reseñadas reside ciertamente en una comprensión teleológica del Derecho objetivo, acompañada a la vez de una confusión entre Derecho y Ética. Una línea teórica, inspirada por E. A. WOLFF en Frankfurt, partiendo de KANT, basa el Derecho penal y todos sus conceptos en el principio del derecho de libertad ¹². Según esta posición, delito serían fundamentalmente las diferentes rupturas del constitutivo jurídico de las relaciones de reconocimiento —la lesión del «Derecho como Derecho» (HEGEL)— por medio de lesiones objetivas del Derecho (injusto civil, injusto administrativo). El concepto de delito se halla entonces en intrínseca relación fundamentadora con la pena: la pena no es primariamente una suerte de coacción motivadora, como afirmaban HOBBS y FEUERBACH, sino el restablecimiento necesario e indispensable de aquellas relaciones básicas entre el autor y la comunidad que tras la comisión del delito se han visto perturbadas, uniéndolo también con implicaciones preventivas. Para ello, es elemento sustancial del delito objetivar esa ruptura fundamental del Derecho en las relaciones interpersonales —el aspecto del resultado—. Pero de igual modo es constitutivo que el autor, que realmente ha captado como válida para sí la concreta regla jurídica, oponga subjetivamente una regla general-negativa injusta. Esta intrínseca relación fundamentadora conduce a que la imputación subjetiva sea clara y absolutamente determinante en el concepto de delito.

¹² Cfr. E. A. WOLFF, 1987; el mismo, *ZStW*, 97 (1985), pp. 786 y ss.; resumidamente, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997.

III. CUESTIONES PARTICULARES DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

En esta tercera parte, finalmente, se presentará un concepto consecuente de imputación subjetiva: lo denominó concepto de imputación propio de la Europa de la libertad. Podrá valorarse después el estado de la discusión en Alemania sobre cuestiones concretas.

1. *Esbozo de un concepto estricto de imputación subjetiva*

Un concepto de imputación subjetiva en la teoría del delito, que esté bien fundamentado y carezca de contradicciones, exige ante todo una idea de dolo del hecho como voluntad práctica de realización y validez en relación al tipo concreto de lesión. Del mismo modo, requiere una idea de voluntad de injusto, que radica en la concreta comprensión de la norma por el autor. Ambos niveles de imputación del hecho se encuentran ya conformados en el pensamiento de ARISTÓTELES.

En sentido crítico, dicho concepto supone lo siguiente. Delito imprudente, prescindiendo de la necesaria gravedad de la infracción de cuidado, será sólo aquel que sea «consciente», esto es, que sea decisión voluntaria de puesta en peligro contraria a la norma (la antigua *luxuria*, maldad [*Frevelhaftigkeit*]). Por el contrario, la «imprudencia inconsciente» (*culpa*) no puede ser un hecho punible. No me refiero a las infracciones del orden, a las contravenciones.

Lo anterior significa todavía algo más. Es perfectamente posible un error sobre la norma (error de prohibición) «evitable» o culpable. Pero dicho error presupone una voluntad actual injusta que se remite a un deber pre-

vio de aclarar la norma para los casos de dudas subjetivas sobre la validez. La falta objetiva de claridad de la norma no puede resultar gravosa para el autor.

Más aún, las especificidades del hecho como las conductas pasionales o las derivadas de un hábito enraizado no pueden en la práctica concebirse como mera desviación objetiva, sino que también deben determinarse en virtud de un proceso subjetivo de decisión imputable. Dicho proceso puede, evidentemente, conformarse mediante los factores que a lo largo de la vida y de manera institucional han determinado la formación de dicha actitud.

En definitiva, el sujeto del hecho y sus presupuestos subjetivos de imputación sólo puede ser el mismo sujeto humano que es reflejo de la validez y de la norma. De este modo, tal sujeto se identifica a la vez con el del delito y de la pena (concurriendo entonces también objetivo-subjetivamente con los otros). En sentido crítico, esto traería consigo que resulta absolutamente errada aquella opinión según la cual, a efectos de punibilidad, cabría distinguir todavía un «sujeto de imputación» separado del sujeto del hecho que actúa y refleja la norma. En la actualidad también en Europa las virulentas propuestas que buscan declarar la «punibilidad de los entes colectivos» con independencia de la imputación subjetiva vienen a terminar en el «castigo» de los inculpables. Se trata de un funcionalismo, por así decir, monstruoso.

2. *Viejas y nuevas contradicciones*

En comparación con este concepto de imputación que salvaguarda el «derecho de la subjetividad», el estado de la discusión en Alemania viene marcado por la señalada

discrepancia también en lo que a cuestiones particulares se refiere.

Las antiguas y manifiestas contradicciones se asocian con la dominante teoría normativa de la culpabilidad. Esta teoría acepta la punibilidad del error de prohibición evitable según una medida objetiva (§ 17 StGB). De este modo, la imputación subjetiva se ve reemplazada entonces por la «reprochabilidad». En la práctica, lo que se le muestra al autor son casos que se hallan en el límite de legítimas y concretas normas jurídico-penales, como por ejemplo problemáticos deberes de garante. Frente a ello, la objeción que ofrece la teoría del dolo resulta básicamente justificada.

Con la imprudencia inconsciente sucede algo parecido. Desde siempre —según dicha forma normativa de entender la culpabilidad— se considera punible, pero es clara la contradicción con la formulación de la doctrina de la acción final. A pesar de ello, las propuestas de variar la postura, hasta ahora casi exclusivamente para la parte objetiva, parecen reducirse a la imprudencia grave (*culpa lata*)¹³. Pero la imprudencia objetivamente grave puede también depender en el caso concreto de un fallo momentáneo en el que falta subjetivamente la culpabilidad, como bien sabe cualquier automovilista. Arthur KAUFMANN y otros autores tienen por tanto razón: la punibilidad de la imprudencia inconsciente atenta contra el principio de culpabilidad.

Hemos de entrar todavía en más detalle sobre el concepto de dolo del hecho¹⁴. Este concepto ha impregna-

¹³ Cfr. *Alternativentwurf*, § 18, resumidamente, ROTH, *Zur Strafbarkeit leicht fahrlässige Verhaltens*, 1996; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997, pp. 171 y ss.

¹⁴ Cfr. KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982, pp. 1296

do la más fuerte de las reorientaciones del finalismo. Pero con él se ha puesto fin a la controversia sobre las concepciones de la imputación. Como corresponde, se define el dolo como voluntad de la conducta, o como voluntad de realización en relación con la lesión personal; dicha estructura de imputación aparece con claridad en el concepto de intención; y vale también para la cuestión tan clave en la práctica de la delimitación del *dolus eventualis*. Pero si los conceptos de voluntad e imputación subjetiva —en cuanto referidos a una norma— se toman en serio, no puede ser suficiente para el dolo de lesionar que el autor conociera la posibilidad o el peligro del resultado descrito en el tipo, pues ello significa, en el mejor de los casos, dolo de peligro. Se ha de dar por supuesto, en cambio, que el autor sitúe, para sí, con un juicio afirmativo de validez, el resultado mismo de lesión descrito en el tipo. En el dolo subyace un establecimiento de la relación interpersonal. No se trata sólo de imputar un curso empírico de sucesos, sino del subjetivo deber-ser de la lesión personal. Esta duplicidad de planos de la imputación está clara en los casos de intención, y debe generalizarse. De distintos modos, más o menos acertados, ha sido formulado, y lo es todavía, en la doctrina influenciada por la teoría del consentimiento: «aprobar el resultado para el caso de su producción», «conformarse» con la realización del tipo, «tomar en serio», «decidirse» contra la situación de ausencia de lesión, etc., a diferencia de la «confianza» en la no producción del resultado típico en la imprudencia consciente (*luxuria*). Esta diferenciación en la voluntad de validez no encierra ninguna toma de posición teórica alejada, sino que no ha de separarse de la evidencia práctica o de lo evidente de la situación empírica. Por ello, en la prác-

y ss.; *Strafrecht, AT*, 1997, pp. 161 y ss.; véase también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

tica una jurisprudencia absolutamente crítica reconoce como típico el *dolus eventualis* cuando, aunque el autor actúa sin intención de lesionar, lo hace de manera subjetiva y objetivamente muy peligrosa¹⁵. Se trata de casos próximos a la certeza subjetiva, donde lo que de verdad queda es sólo la esperanza en la casualidad o la indiferente negación hacia los demás. De forma convincente la jurisprudencia distingue también el concepto de *dolus* de una problemática regla de prueba para su determinación. Esto es: junto a la expresión «*dolus eventualis*» se inicia un concepto de dolo del hecho, más restringido, referido a la producción del resultado. Frente a ello, se sostienen sin embargo relevantes teorías que operan según la vieja doctrina del *dolus indirectus*. Según éstas, serán suficientes para afirmar el dolo de resultado de lesión la representación de la posibilidad, la probabilidad, el peligro «descubierto» o «cualificado» de la aparición del resultado; bastará por lo demás con la imputación objetiva¹⁶. En el fondo late el concepto teleológico-objetivo de imputación. Se valora sobre todo una voluntad subjetivamente desviada. La medida de su objetivación pasa a ser algo secundario. Las consecuencias se muestran entonces no sólo en una moralización de la doctrina de la tentativa y de la participación, sino también en el concepto mismo de dolo. Lo que en el finalismo queda de naturalismo reduce el dolo al aspecto instrumental de conducción, y diferencia según grados de representación del peligro; pero en esa medida el concepto de dolo se disuelve. Por el contrario, debemos sostener que injusto y delito se definen en la conexión externa real con los otros como una relación normativa de validez; o sea, como una circunstancia objetivo-subjetiva de la conduc-

¹⁵ Resulta ejemplar en este sentido BGHSt, vol. 7, pp. 363 y ss.

¹⁶ Cfr. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 35 y ss.

ta voluntaria de lesión. La plasmación normativa de lo subjetivo de la relación —de la voluntad, la libertad del autor— se ha de orientar a la lesión. No se trata de un mero enfoque emocional, sino de una diferente voluntad práctica de validez, de si se quiere lesionar a los otros, o meramente exponerlos a un peligro (es decir, en el actuar imprudente). Visto así, la superación de la doctrina etizante del *dolus indirectus* supone un necesario avance. El dolo de lesionar en la forma del *dolus eventualis* debe distinguirse del dolo de peligro (*luxuria*) y de una mera regla de prueba. No olvidemos que el dolo de puesta en peligro, como también la imprudencia consciente, tienen su propio peso en el concepto de delito.

Queda por consignar una controversia semejante para el dolo respecto del curso causal. En Alemania domina —así, domina— todavía la doctrina del *dolus generalis*¹⁷. Aun cuando la conducta del autor mismo no ha producido el resultado típico de manera causal y dolosa, sino que lo ha producido aquella parte de su conducta anterior o posterior carente de dolo, el resultado es perfectamente imputable a su autor. Se recurre para ello a la fórmula mágica de «desviación inesencial» del curso causal representado. Muchos autores desean adoptarla consecuentemente incluso para los casos de *aberratio ictus* y de lesión de objeto de «igual valor»¹⁸. Esta ampliación no se corresponde ciertamente con la interpretación dominante y es rechazada en general por la jurisprudencia —a excepción del caso Rose-Rosahl, donde, si el autor se equivoca de persona, que por eso mismo es para el inductor *aberratio ictus*, admite el *Bundesgerichtshof* la

¹⁷ Críticamente, SILVA SÁNCHEZ, en *ZStW*, 101 (1989), pp. 352 y ss.; KÖHLER, 1997, pp. 152 y ss.

¹⁸ Cfr. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 49 y ss.; resumidamente, pp. 72 y ss.

imputación del hecho consumado al dolo del inductor ¹⁹—. Pero nada de esto es sostenible desde el concepto fundamental de imputación subjetiva, puesto que realmente el concepto de voluntad de realización como unidad de imputación objetiva y subjetiva lleva de forma necesaria a exigir plenamente la captación subjetiva por el autor del concreto modo de realización. Y sólo entonces podría hablarse también de «dominio del hecho» en relación al suceso teleológico-causal. De lo contrario, dicho suceso no es «obra», hecho del que actúa, sino que queda entonces sólo como hecho intentado, asociado de forma típica a una puesta en peligro (para la vida) grave de los demás. La doctrina dominante contraria pasa por alto este elemento de diferencia debido a una idea de «valoración equivalente» que no acaba de desterrar. Se trata de una curiosa expresión, pues en lugar de la imputación por medio de conceptos jurídicos, entran en juego las circunstancias morales de la actitud antijurídica manifestada y su valoración negativa. Este salto se produce así más fácilmente de lo que lo haría una conducta de puesta en peligro muy próxima a la consumación, quizá también un deseo por parte del autor de aceptar de forma hipotética que el resultado se produzca de cualquier modo. Pero la simple tentativa del hecho, aunque vaya asociada al mal deseo, no se convierte en la voluntad dominante que lleva a la consumación.

Por último, ha de señalarse como nueva contradicción la defensa por una parte importante de la doctrina alemana de la llamada punibilidad de los entes colectivos ²⁰, como por lo demás se propaga con tenacidad en el ámbi-

¹⁹ Cfr. BGHSt, vol. 37, pp. 214 y ss.; sobre el estado de la polémica, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997, pp. 156 y 528.

²⁰ Con todo detalle y crítico, VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997, pp. 557 y ss.

to de la Unión Europea. Desde el punto de vista de la doctrina alemana, desde EXNER y ENGISCH todo parece ya dicho: «*societas delinquere non potest*» o bien «prohibido castigar a los inculpables». Realmente no hay nada que añadir a ello. Antes bien, lo dicho debería prevalecer para impedir un retroceso parcial del estado ya ganado en el pensamiento jurídico-penal europeo en materia de imputación y culpabilidad. La alternativa se presenta clara: endurecer la responsabilidad personal en el seno del ente colectivo a través de la imputación subjetiva y la correspondiente sanción. Parafraseando unas palabras de MONTESQUIEU: no resulta indiferente a las personas acomodadas el que también ellas —de acuerdo con un proceso penal público— sean sancionadas con penas convenientemente duras.

En resumen: con el concepto de imputación subjetiva en Derecho penal se trata de salvaguardar el «derecho de la subjetividad». El Derecho penal basado en la libertad debe limitarse a aquella negación de la validez que radica en la consciente contradecisión del sujeto constituido por normas. Si no, el Derecho penal pierde su identidad y su mismo nombre. En ello se halla en juego el Derecho penal del hecho y el Derecho penal de la culpabilidad de una República basada en la libertad; o dicho en términos europeos, está en juego un principio fundamental del Derecho penal en una federación de Repúblicas libres.

III. LA CULPABILIDAD:
ESTADO DE LA CUESTIÓN *

Bernd Schönemann



* Traducción de David FELIP I SABORIT y Ramon RAGUÉS I VALLÈS.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuando a finales del siglo XX uno se pregunta por el estado de la teoría de la culpabilidad penal, no puede hallar mejor punto de partida que la teoría dominante desde hace unos treinta años y que todavía puede encontrarse en la quinta edición del tratado de JESCHECK, publicada en 1996. Según esta teoría, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre ¹, sin que para ello sea un obstáculo que se considere indemostrable la fundamentación del

¹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5.ª ed., 1996, § 37.I.1 [versión española de la 4.ª ed. alemana: JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, Granada, 1993; versión española de la 3.ª ed. alemana: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981]. Cfr. también, más recientemente, JESCHECK, *Juristische Blätter*, 1998, pp. 609 y ss.

reproche de culpabilidad en la libertad de decisión del ser humano como persona individual². En este sentido, para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias³. El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho considerado en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que en él se actualiza⁴, y lo decisivo en este juicio es la culpabilidad por el hecho concreto, aunque también deba otorgarse relevancia a la culpabilidad por la conducción de la vida cuando se analiza, por ejemplo, la evitabilidad del error de prohibición⁵. Desde luego, la culpabilidad ya no se concibe en el sentido del concepto psicológico de culpabilidad, es decir, como relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico, sino de acuerdo con el concepto normativo de culpabilidad, esto es, como reprochabilidad⁶, y ello aunque según esta perspectiva el dolo sea (todavía) un elemento autónomo de la culpabilidad⁷. Por este motivo, la denominada teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas entiende que el error sobre el tipo de permisión no debe afectar al dolo en tanto que portador del injusto de la acción, si bien en tal caso no concurre culpabilidad dolosa⁸.

Lo que podemos encontrar en el manual de JESCHECK es una super-teoría de la unión, cuya traslación a la teoría de la pena, también en el caso de este autor, ha sido definida recientemente por JAKOBS como «querer estar

² *Op. cit.*, § 37.I.2.a.

³ *Op. cit.*, § 37.I.2.b.

⁴ *Op. cit.*, § 38.II.5 y § 39.II.1.

⁵ *Op. cit.*, § 38.IV.

⁶ *Op. cit.*, § 38.II.3.

⁷ *Op. cit.*, § 39.IV.4.

⁸ *Op. cit.*, § 41.IV.1.d.

en misa y repicando»⁹ y que, echando mano del *genius loci*, podría compararse a una paella con todos sus ingredientes. Sin embargo, el «presupuesto armónico» (JAKOBS) alcanzado tácitamente por esta teoría entre todas las afirmaciones concretas hace por lo menos treinta años que no resiste un análisis riguroso: si la culpabilidad presupone la libertad de comportarse de otro modo, es evidente que esta libertad sólo se está fingiendo cuando se deduce de que otras personas en el lugar del autor habrían podido actuar de forma distinta. Ni siquiera en el caso del error de prohibición puede la culpabilidad por el hecho vinculada a la acción antijurídica ceder su lugar a la culpabilidad por la conducción de la vida, pues, en los momentos previos al hecho, el autor no se ha comportado antijurídicamente y, por tanto, tampoco ha actuado de un modo penalmente reprochable. Además, el concepto normativo de culpabilidad entendida como juicio de reprochabilidad sólo se refiere a la evitabilidad como tal y, por ello, no es compatible con la idea de que, retornando al concepto psicológico de culpabilidad, existe una «culpabilidad dolosa» específica distinta al injusto de acción del dolo.

2. A causa de todas estas contradicciones, mal disimuladas con la cobertura de la teoría de la unión, en los años setenta se intentó dotar a la culpabilidad de unos contornos definidos recurriendo a la relación de este concepto con los fines preventivos, como puede apreciarse en el trabajo de ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (1970)* y, más adelante, en el menos

⁹ En *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, p. 29 [versión española: «Sobre la teoría de la pena», trad. de M. Cancio Meliá, *Poder Judicial*, 47 (1997), pp. 145-163].

* Trad. española de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972 (N. de los T.).

transigente estudio de JAKOBS, *Culpabilidad y prevención* (1976)**.

El enriquecimiento teórico de la categoría de la culpabilidad desde una óptica preventiva (ROXIN), así como la reconducción de esta figura a la prevención general (JAKOBS), han dado lugar a planteamientos muy novedosos, como los relativos a las causas de exclusión de la culpabilidad¹⁰. Además, estas nuevas perspectivas se han traducido en resultados prácticos. Por su parte, también la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas lleva a una solución distinta en el supuesto del *intraneus* que, en los delitos especiales, actúa en error sobre el tipo permisivo inducido por un *extraneus* que conoce todas las circunstancias. Según esta teoría, y a diferencia de la teoría opuesta de los elementos negativos del tipo, en este supuesto sólo existe una inducción a un

** Trad. española de C. J. Suárez González, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 73-99 (N. de los T.).

¹⁰ Sobre el exceso en la legítima defensa ver ROXIN, «Über den Notwehrexzeß», en *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 117; el mismo, *Strafrecht, AT*, tomo 1, 3.^a ed., 1997, § 22.B.I, núm. marg. 69 y ss. [versión española de la 2.^a ed. alemana: *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. de D. M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997]; sobre el estado de necesidad exculpante, cfr. el mismo, «“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien», en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 182 y ss. [versión española: «“Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídicopenales», trad. de D. M. Luzón Peña, en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 200-225, y ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981]; el mismo, *AT*, § 22.A.I., núm. marg. 11 y ss.; para una cierta amplitud de miras en la determinación de la evitabilidad del error de prohibición, cfr. el mismo, *AT*, § 21.VI, núm. marg. 37 y ss.

hecho antijurídico doloso de acuerdo con el § 26 StGB ¹¹. Asimismo, en el caso de la *actio libera in causa* una interpretación diferente del requisito de la culpabilidad da un alcance completamente distinto a esta figura ¹².

3. Más adelante haré de nuevo referencia a estos distintos conceptos de culpabilidad que llevan, a su vez, a diferentes soluciones. No obstante, debe señalarse que el debate hoy día mayoritario sobre el contenido del concepto de culpabilidad trata sólo de forma casi siempre ocasional estas cuestiones sustanciales y, en su lugar, se sitúa ante todo la inserción de esta figura en los sistemas filosóficos generales, una cuestión que no repercute en las consecuencias jurídicas y, por tanto, tampoco en la praxis. En los últimos cinco años esta sustitución de la discusión de fondo por lo filosófico ha llegado a convertirse incluso en la corriente de moda en la ciencia penal alemana y, por este motivo, entiendo que, dentro de esta visión panorámica, debe abordarse en primer lugar.

¹¹ JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, § 41 IV.1.d; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, AT*, 28.ª ed., 1998, § 11.III.3, núm. marg. 478 y ss.

¹² Pues, si el error de tipo permisivo no afecta al dolo, cuando el autor incurre en tal error como consecuencia de su embriaguez plena concurre el hecho antijurídico (y típico de acuerdo con el § 11.1.5 StGB) cometido en situación de embriaguez, un requisito que, a modo de condición objetiva de punibilidad, exige el § 323.a del StGB. Por el contrario, según la teoría de los elementos negativos del tipo, en tales supuestos se excluiría el dolo y, en consecuencia, a falta de un hecho antijurídico doloso en situación de embriaguez, tampoco se cumpliría la citada condición objetiva.

II. EL SUBSTRATO DE LA CULPABILIDAD: ¿REALIDAD O COMUNICACIÓN SOBRE LA REALIDAD?

1. La cuestión filosófica básica sobre el substrato ontológico de la culpabilidad penal, es decir, sobre la base empírica del reproche penal, recibe por parte de JESCHECK la clásica respuesta de la libertad individual de actuar de otro modo¹³ y lo mismo sucede en el trabajo de Hans-Joachim HIRSCH publicado hace pocos años en la *ZStW*¹⁴. Esta base no parece abandonarse del todo con la reconducción de la culpabilidad a la prevención general llevada a cabo por JAKOBS. En efecto, si la prevención general se concibe como prevención general intimidatoria en el sentido, por ejemplo, de la teoría de la coacción psicológica (dirigida al individuo) de FEUERBACH¹⁵, existen buenas razones para afirmar que la protección de bienes jurídicos perseguida con el Derecho penal sólo es eficaz a partir de la motivación del destinatario de la norma y, por tanto, fracasa cuando el destinatario no cuenta con la posibilidad de actuar de

¹³ Cfr. las referencias de la nota 1.

¹⁴ HIRSCH, *ZStW*, 107 (1995), pp. 747-766, especialmente, pp. 763 y ss.

¹⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, §§ 8-18 [versión española: *Tratado de Derecho penal*, trad. de E. R. Zaffaroni e I. Hagemaiyer, Buenos Aires, 1989]; el mismo, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1.ª parte, 1799, pp. 39-49, p. 75, pp. 130-143 y 2.ª parte, 1800, pp. 39-47, en especial, pp. 42 y ss. Para la afirmación de que la teoría de la prevención general intimidatoria asociada a este autor sólo puede desarrollarse sin contradicciones lógicas en un contexto indeterminista en el que, por tanto, se presupone el libre albedrío, cfr. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1996, p. 109, p. 118.

otra manera. De acuerdo con esta idea, la prevención general presupone la culpabilidad y la sustitución de esta última por la prevención general es circular. Sin embargo, con esta afirmación se malinterpreta del todo el objetivo de JAKOBS, pues lo que interesa a este autor desde buen principio no es el individuo entendido como un sujeto aislado, sino la sociedad concebida como un sistema social autopoietico para el que los hombres sólo adquieren relevancia en tanto que «personas», es decir, en tanto que «estructuras» o portadores de roles ¹⁶. En su incesante fustigar a la dogmática tradicional, que según JAKOBS resulta del todo obsoleta, «naturalística y aferrada a los hechos psíquicos» ¹⁷, este autor afirma que el significado de una conducta —como quebrantamiento de la norma o, por el contrario, como algo inocuo— debe determinarse objetivamente; que debe encontrarse al competente del evento dañoso entre los actores definidos por el Derecho, es decir, entre las personas ¹⁸; que la misión del Derecho penal consiste en garantizar que se contradiga la expresión de sentido con la que se declara que la norma no rige ¹⁹; y que, en consecuencia, el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia del individuo, sino en la comunicación, en cuyo seno la constitución individual del sujeto sólo se tiene en cuenta cuando el conflicto puede resolverse por vías distintas a la imputación ²⁰.

¹⁶ ZStW, 107 (1995), p. 843, p. 859 [versión española: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996].

¹⁷ *Op. cit.*, p. 861.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 860.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 865.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 866 y ss.

Estas afirmaciones, extraídas de la conferencia de JAKOBS en la *Deutsche Strafrechtslehretagung* [Jornadas alemanas de profesores de Derecho penal] de 1995, constituyen, por así decirlo, la clave de bóveda del edificio teórico que este autor empezó a edificar hace veinte años. Sin embargo, uno queda realmente aturdido ante la virtuosidad con la que JAKOBS, emulando a CAGLIOSTRO o a David COPPERFIELD, entremezcla las referencias a LUHMANN, por un lado, y a KANT y HEGEL, por otro ²¹. En JAKOBS llegan a su máxima expresión la abstracción y la eliminación de la realidad, que convierten en un simple acto de comunicación el proceso de legítimo ejercicio de violencia estatal que, a menudo, acaba con penas de prisión de muchos años, o incluso de por vida ²².

2. Esta sustitución de la «realidad» por la «comunicación sobre la realidad» como substrato ontológico del sistema jurídico-penal constituye también la idea central del intento de KINDHÄUSER de definir la culpabilidad

²¹ Mientras en el furor inicial de su trabajo *Culpabilidad y prevención* (1976) JAKOBS se remitía y se apoyaba esencialmente en LUHMANN (cfr. *ibidem*, pp. 9 y ss., pp. 13 y 17, entre otras), en *El principio de culpabilidad* [trad. de M. Cancio Meliá, en *Estudios penales*, pp. 365 y ss.] sólo se cita una única vez a este autor (en la nota 39). En su conferencia en las Jornadas de los Profesores de Derecho penal de Rostock, JAKOBS vuelve a partir de LUHMANN (*ZStW*, 107 [1995], pp. 843 y ss.) para, más adelante, cuando entra en la imputación y en el concepto de persona, cada vez más importante para JAKOBS, citar incesantemente una y otra vez a LUHMANN, KANT y HEGEL.

²² Un acto de comunicación que no tiene especial importancia cuando, a causa de ciertas necesidades del sistema (es decir, con independencia de su poder personal de evitación), se concibe a un actor como persona y se le impone el mal de la pena, sin que para ello sea necesario más fundamento que el hecho de no contar con otros mecanismos de resolución del conflicto; cfr. *supra* en el texto junto a la nota 20.

material como un déficit de lealtad comunicativa. Este autor concibe el Derecho como un producto de la autonomía comunicativa de los ciudadanos en una democracia y su infracción como la lesión de la autonomía de los restantes conciudadanos²³. De acuerdo con esta idea, el «reproche de culpabilidad material» se convierte para KINDHÄUSER en una «reprobación de la falta de lealtad con la autonomía comunicativa de los interlocutores de la interacción»²⁴. Como en el caso de JAKOBS, entiende KINDHÄUSER que al autor no se le reprocha propiamente un suceso real, es decir, que el fundamento de la culpabilidad no es este suceso, sino el acto comunicativo de negación de la norma prohibitiva que se supone en un acontecimiento real como, por ejemplo, el homicidio de una persona. Del mismo modo, lo único que queda de la pena y de su realidad como la afectación más seria de los bienes jurídicos del autor es sólo el acto comunicativo de expresión de la decepción ocasionada por la infracción de la norma²⁵. No puede aquí profundizarse en que, tanto para JAKOBS como para KINDHÄUSER, la base axiomática de esta transformación de la realidad en una supuesta comunicación se construye a partir de la afirmación de que el Derecho no puede demostrar su corrección y, por tanto, depende de un reconocimiento y una justificación comunicativos²⁶. Sin embargo, debe afirmarse brevemente al respecto que la deducción de la necesidad de aceptación comunicativa a partir de la supuesta falta de certeza acerca de la corrección del Derecho es irrelevante en una argumentación dogmática

²³ KINDHÄUSER, *ZStW*, 107 (1995), p. 701, pp. 725-727.

²⁴ *Op. cit.*, p. 731.

²⁵ En este sentido KINDHÄUSER, *op. cit.*, p. 728.

²⁶ JAKOBS, *ZStW*, 107 (1995), p. 843, p. 849; más moderado el mismo, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 67-69; KINDHÄUSER, *op. cit.*, pp. 701, 725 y ss.

y, por tanto, immanente al Derecho. Además, esta deducción confunde dos niveles completamente distintos, pues la vigencia de la norma jurídica demuestra *eo ipso* su corrección para el discurso dogmático (que es quien se ocupa del concepto de culpabilidad), mientras que el discurso democrático sobre una eventual reforma de la norma no se desarrolla en la dogmática jurídica, sino en la política jurídica. Ya en este punto de partida se evidencia la constante confusión y enredo de niveles completamente distintos de observación y análisis —que se aprecia también en las propuestas de JAKOBS y KINDHÄUSER— al no considerarse el suceso real como «objeto de valoración», sino el supuesto acto de comunicación que valora este suceso concebido como la negación de la norma o su confirmación. Esta perspectiva comporta una peculiar sustitución del nivel del objeto del Derecho penal (el auténtico comportamiento lesivo para el bien jurídico y el castigo real de autor) por un metanivel.

3. a) Con esta crítica a la sustitución del suceso real como objeto del Derecho penal por la comunicación sobre aquél no quiero rechazar de plano la idea de que la sociedad se construye en buena medida, aunque no exclusivamente, sobre la comunicación, pues esta idea puede tener cierta utilidad en la clásica discusión sobre las estructuras ontológicas de la culpabilidad penal. Sin embargo, aun cuando el lenguaje nos ofrece la tentadora posibilidad de accionar un metanivel tras otro para, de este modo, edificar mundos aparentes que llevan, como afirmara WITTGENSTEIN, a embrujar fácilmente nuestra razón ²⁷, es incuestionable la antigua experiencia de sen-

²⁷ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1967, núm. 109 [versión española: *Investigaciones filosóficas*, trad. de A. García Suárez y U. Moulines, México D.F., 1988].

tido común de que sólo es posible comunicarse sobre la vida humana, la integridad corporal, etc., si éstas existen previamente. En consecuencia, lo que interesa sobre todo al Derecho penal es la protección de estos bienes jurídicos y ésta se lleva a cabo, primero, con la norma prohibitiva y, después, con el castigo de una eventual lesión de un bien jurídico. Por este motivo, la utilización del Derecho penal depende en general de la capacidad del destinatario para cumplir la norma, lo que equivale a su capacidad de evitar la conducta lesiva para el bien jurídico.

b) Por todo ello, es erróneo tratar de desacreditar este irrenunciable punto de partida de la construcción teórica del Derecho penal tildándolo de naturalismo pegajoso (y, dicho sea de paso, en esta perspectiva, JAKOBS y KINDHÄUSER sólo son la facción moderada, pues grandes jacobinos como KORIATH y HOYER pretenden, además de la culpabilidad, arrojar por la borda también la norma y, con ella, el concepto de injusto, recomendando como principal avenida dogmática el callejón sin salida de la teoría kelseniana de la «norma como hecho», es decir, aconsejando transformar la prohibición que contiene la conminación penal en una relación descriptiva que responde a la estructura «si... entonces») ²⁸. En lugar de seguir ocupándome de estas veleidades, quiero referirme ahora brevemente a la ya mencionada utilidad de una teoría sociológica de la comunicación para resolver las aporías del concepto tradicional de culpabilidad. Para ello, el punto de partida viene dado por

²⁸ Cfr. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, pp. 163 y ss., pp. 188 y s. y 232; HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, pp. 42 y ss. Sobre KELSEN, HEIDEMANN, *Die Norm als Tatsache*, 1997. Una visión crítica en NEUMANN, *ZStW*, 109 (1997), pp. 596 y ss.

una teoría que JAKOBS y KINDHÄUSER no tienen en cuenta: el interaccionismo simbólico. Esta teoría explica la construcción social de la realidad mediante la atribución de sentido ²⁹ y yo mismo la utilicé hace ya quince años para fundamentar el libre albedrío humano —una tarea que, por lo menos en el Derecho, resulta ineludible (es decir, que no se puede poner en tela de juicio)— vinculándola a la tesis de HUMBOLDT y WHORF ³⁰ sobre el anclaje de la visión del mundo (esto es, del concepto de realidad) en las estructuras profundas del lenguaje cotidiano ³¹.

²⁹ Sobre el interaccionismo simbólico, que entiende que lo esencial en la sociedad humana es la comunicación y, con ella, el lenguaje y la atribución de sentido que aquél hace posible, ver MEAD, *Geist, Identität und Gesellschaft*, versión alemana, 1968 [versión española: *Espíritu, persona y sociedad*, trad. de F. Mazía, Barcelona, 1982]; BERGER/LUCKMANN, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, 1970 [versión española: *La construcción social de la realidad*, trad. de S. Zuleta, Buenos Aires, 1968]; STEINERT (ed.), *Symbolischer Interaktionismus*, 1973. Sobre el paradigma que se ubica tras la etnometodología ver WEINGARTEN/SACK/SCHENKEIN (eds.), *Ethnomethodologie - Beiträge zu einer Soziologie des Alltagshandelns*, 1976.

³⁰ Sobre la teoría del lenguaje de HUMBOLDT, cfr. W. VON HUMBOLDT, *Gesammelte Schriften*, 1903 y ss., vol. VI, pp. 16, 22 y ss., 160 y ss., así como vol. VII, pp. 53 y ss., 94 y ss.; VON KUTSCHERA, *Sprachphilosophie*, 2.ª ed., 1975, pp. 289 y ss. [versión española: *Filosofía del lenguaje*, trad. de A. Álvarez, Madrid, 1979]. Sobre la teoría de WHORF, cfr. el mismo, *Sprache - Denken - Wirklichkeit*, versión alemana, 1963, pp. 7 y ss., 51 y ss., 74 y ss.; al respecto, VON KUTSCHERA, pp. 300 y ss.; HENLE, en HENLE (ed.), *Sprache, Denken, Kultur*, versión alemana, 1969, pp. 9 y ss.; HOYER (ed.), *Language in Culture*, 7.ª ed., Chicago y Londres, 1971.

³¹ Por vez primera en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153, 163 y ss. [versión española: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fun-*

c) Sigo pensando que el denominado concepto social de culpabilidad que hoy predomina en Alemania (y que ha sido difundido, entre otras, con las palabras de JESCHECK citadas al principio), es decir, el que se centra en la evitabilidad del hecho por parte de un ciudadano normal ³², por no asumir esta «teoría de la realidad social del libre albedrío» que he desarrollado a partir de la filosofía del lenguaje, lleva a una ficción inadmisibles de la culpabilidad y, con ello, a una justificación sólo aparente del Derecho penal:

aa) Significativamente, ninguno de los defensores del concepto social de culpabilidad acomete un análisis detallado de las implicaciones que conlleva su afirmación de que es indemostrable la capacidad de actuar de otro modo en un caso concreto. El concepto social de culpabilidad es una versión del denominado «determinismo débil», una perspectiva que parte de la indemostrabilidad de la libertad de acción. Por tanto, sus defensores deberían justificar por qué no se extrae, como consecuencia de esta base, la idea de construir el Derecho penal como un Derecho preventivo-especial de medidas

damentales, trad. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, 1991]; retomado en GA, 1986, pp. 293 y ss.; y también en HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 147, 151 y ss.

³² BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4.ª ed., 1987, § 16.A.II; KRÜMPPELMANN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 6, 12, 32 y ss.; LK-LANGE, 10.ª ed., 1985, § 21, núm. marg. 6; MANGAKIS, *ZStW*, 75 (1963), pp. 499, 516 y ss.; STRATENWERTH, *SchwZStr*, 101 (1984), p. 234; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, 25.ª ed., 1997, preliminar 110, previo al § 13; SK-RUDOLPHI, 7.ª ed., 1998 (29.ª entrega, octubre 1998), preliminar 1, previo al § 19; JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, § 39.III.1. Una detallada perspectiva de la discusión en España, que coincide con la crítica desarrollada *supra*, en CEREZO MIR, *ZStW*, 108 (1996), pp. 9 y ss.

de seguridad, una conclusión lógica cuando no es posible acreditar la premisa básica del Derecho penal de la culpabilidad. En consecuencia, el concepto social de culpabilidad supone una quiebra arbitraria del pensamiento analítico y, por ello, es un intento de inmunizar frente a las críticas un dogma insostenible (la compatibilidad del Derecho penal de la culpabilidad con un determinismo débil) con una justificación que sólo es aparente.

bb) El concepto social de culpabilidad, así como el denominado concepto empírico-pragmático de SCHREIBER y ALBRECHT ³³, casi equivalente al primero, omiten conscientemente la cuestión de la capacidad individual de actuar de otro modo y reducen el juicio de culpabilidad a la constatación de que el autor era accesible a la norma, es decir, normalmente motivable por normas y que, en su situación, un hombre ajustado a lo prescrito no habría cometido el hecho. Si tomamos en serio la reducción que esto supone en comparación con el concepto clásico de culpabilidad y no sólo la interpretamos, con un guiño de complicidad, como una simple concesión verbal sin contenido propio, esto es, como un mero camuflaje, entonces estamos reconociendo al autor sólo la capacidad general de comportarse de acuerdo con la norma. Sin embargo, este reconocimiento no se extiende a la situación concreta, de tal modo que no podemos legitimar ante dicho autor su propio castigo con la afirmación de que podía prever y evitar, como consecuencia de su acto, la sanción. Cuando esta argumentación se juzga a la luz de la justificación preventivo-general del Derecho penal que defienden los escépticos del libre albedrío, se

³³ Cfr. SCHREIBER, *Nervenarzt*, 1977, p. 242, p. 245; el mismo, en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pp. 281, 289 y ss.; P. A. ALBRECHT, *GA*, 1983, pp. 193 y ss.

incurrir en una aporía, es decir, en una contradicción irresoluble. El cálculo de la prevención general intimidatoria realizado por FEUERBACH³⁴ no puede servir para el autor que en la situación concreta obra sin libertad, porque su actuación estaba ya determinada al hecho. Por este motivo, ya no puede afirmarse que, pese a todo, el hecho debe ser castigado para que la amenaza no se vea en el futuro como algo vacío³⁵. Por el contrario, esta afirmación mantiene todo su sentido en un contexto indeterminista. Ante un autor que obra estando determinado, la amenaza no sólo está vacía o carece de seriedad, sino, sencillamente, no tiene ningún sentido³⁶ y, a la inversa, el efecto de la prevención general intimidatoria en el ciudadano fiel a la norma consiste, precisamente, en que éste no comete ningún hecho punible y, por tanto, no es necesario que el Derecho penal le sea aplicado. De ello se deduce por fuerza que el concepto social de culpabilidad pone fin a la fundamentación preventivo-general del

³⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.ª ed., 1832, § 8 y ss.

³⁵ Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch*, 11.ª ed., § 16, literalmente: «el fin de la imposición [de la pena] es justificar la eficacia de la amenaza legal, pues sin ella esta amenaza estaría vacía (sería ineficaz)».

³⁶ Muy a menudo se ha intentado crear un concepto preventivo-general en un marco determinista (por ejemplo, HOMMEL, *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, 2.ª ed., 1772, reeditado por HOLZHAUER, 1970, p. 135). Sin embargo, estos intentos incurren en aporías, cuando menos en el contexto de la prevención general intimidatoria, pues, si la comisión penal *in concreto* no tiene finalidad alguna (como en el sistema determinista demuestra precisamente la comisión del hecho), la imposición del castigo ya no puede justificarse apelando al hecho cometido, sino sólo en tanto que medida de seguridad educativa y, por tanto, con un criterio preventivo-especial, o bien como un simple escarmiento.

Derecho penal y lleva, si se quiere aplicar de forma lógica y consecuente, a un puro Derecho preventivo-especial de medidas de seguridad.

cc) ROXIN ha intentado remediar estas aporías concibiendo la culpabilidad como una ficción favorable al autor que, en virtud de sus efectos *in bonam partem*, no necesita ser verificada empíricamente³⁷. Sin embargo, no puede aceptarse la premisa de este autor de que un Derecho penal de la culpabilidad siempre resulta menos drástico para el afectado que un Derecho de medidas de seguridad. En un Derecho penal totalmente preventivo-especial no pueden castigarse los delitos cometidos una sola vez sin peligro de que el autor reincida y, por consiguiente, tampoco aquellos hechos realizados dentro de un régimen injusto que ha sido definitivamente abolido³⁸. Además, en tales casos no puede invocarse la prevención general como forma de legitimación, pues, como ya se ha mostrado, esta teoría parte de la premisa del libre albedrío.

dd) Con todas estas críticas, el concepto social de culpabilidad se viene abajo como un coloso con pies de barro.

³⁷ ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1971, pp. 20 y ss. [versión española: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976]; el mismo, AT, § 19.IV.5.

³⁸ Lo que se opone a la opinión unánime con respecto al castigo de los hechos violentos cometidos por el nacional-socialismo y durante el régimen comunista de la RDA. Sobre este tema, que vuelve a discutirse intensamente desde la reunificación alemana, cfr., por todos, SCHÜNEMANN, en PAWLOWSKI/ROELLECKE (ed.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, ARSP (suplemento), núm. 65, 1996, pp. 97 y ss.; el mismo, «Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten», *Festschrift für Grünwald*, 1999, p. 657 y ss.

Quisiera aprovechar la ocasión para ampliar esta crítica y afirmar que este discurso supone un auténtico círculo vicioso, pues, mientras no se pueda fundamentar por sí sola la capacidad de evitación del ciudadano normal adoptado como modelo de comparación, la referencia a su conducta hipotética como fundamento de la culpabilidad del autor individual resulta tan poco útil desde un punto de vista científico como la teoría de la transustanciación en la eucaristía.

d) Quisiera aprovechar también esta oportunidad para aclarar algunos malentendidos provocados por las interpretaciones a que ha dado lugar mi concepto indeterminista de culpabilidad, publicado por primera vez en 1984 y ampliado en 1989³⁹.

aa) El principal defecto de la concepción tradicional, es decir, la que se conforma con la solución aparente del concepto social de culpabilidad y acepta que no puede demostrarse empíricamente el libre albedrío⁴⁰, es atribuible a una visión simplista e irreflexiva de la realidad que probablemente data de 1870, esto es, de la época del positivismo científico-natural, y que ha ignorado los avances epistemológicos del interaccionismo simbólico. Para el naturalismo psicológico de la concepción tradicional, el concepto social de libre albedrío humano sólo puede concebirse como un sentimiento individual y subjetivo de libertad (por tanto, como una sensación posiblemente errónea) y ello pese a que este concepto está afianzado desde hace miles de años, anclado en las estructuras elementales del lenguaje del sujeto activo y del objeto que padece la acción, es decir, de lo activo y lo

³⁹ Cfr. las referencias aportadas en la nota 31.

⁴⁰ Cfr., simplemente, JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, § 37.I.2.a; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 23.^a ed., 1999, previo al § 13, núm. marg. 26; ROXIN, *AT*, § 19.IV.1, núm. marg. 21 y ss.

pasivo. La existencia de tales estructuras explica que el individuo sólo pueda concebirse a sí mismo como un sujeto libre. En cambio, para la teoría del conocimiento que concibe la realidad social como una construcción de sentido que el lenguaje hace posible, es evidente que la vivencia subjetivo-individual de libertad no responde a un ánimo subjetivo del individuo, sino a un nivel de la realidad ineludiblemente preconstituido en el lenguaje y, por tanto, en la realidad social. Un nivel al que el individuo, o cualquier institución social que se ocupe de la realidad social constituida por el lenguaje, no puede renunciar.

En tanto que regulación de relaciones humanas con significado constituidas por el lenguaje, el Derecho no puede ignorar una realidad por la que él mismo está constituido. La muestra más evidente de ello es que no nos podemos representar (lingüísticamente) un ordenamiento jurídico construido por completo sobre la base de que las conductas humanas están determinadas, pues, en tal caso, deberíamos poder describir todos los sucesos sociales jurídicamente relevantes con el modelo de los procesos naturales, algo que (como el lector puede comprobar por sí mismo) resulta de todo punto imposible.

bb) Desde mi punto de vista, esta vinculación a un moderno concepto filosófico de realidad social suele ignorarse por los críticos de mi perspectiva. Cuando ROXIN define la libertad como una «aserción normativa» pese a la «autocomprensión natural del hombre normal» y a la imposibilidad «de una ordenación con sentido de la vida humana en sociedad sin el recíproco reconocimiento de libertad»⁴¹, sólo está pensando en el ordenamiento jurídico como sede de esta «aserción normativa».

⁴¹ AT, § 19.IV, núm. marg. 41.

Sin embargo, nos encontramos en realidad ante una decisión que no sólo es jurídica, sino que responde a una estructura social mucho más básica en comparación con dicho ordenamiento. También JESCHECK se queda corto cuando sólo reconoce la «idea de responsabilidad» como «una realidad indiscutible de nuestra conciencia social y moral»⁴², pues no se trata de una realidad subjetiva y, por decirlo de algún modo, atomizada, sino de una realidad social que subyace a todo sujeto y que éste no puede modificar.

Por tanto, la crítica de TIEMEYER⁴³, según la cual mi concepción asigna un contenido de verdad a formas de pensar convencionales en virtud de su mera existencia, parte de un error. Y ello porque no se trata de «formas usuales de pensar», sino de formas de vida constituidas lingüísticamente. Dado que el Derecho regula la conducta de los hombres y no las reflexiones teóricas, es absurda la idea de que el Derecho podría ignorar las condiciones de construcción que subyacen a la sociedad. Desde luego, en una reflexión puramente teórica son imaginables grupos de seres vivos estructurados de un modo distinto, en los que la idea de libertad no pertenezca a las estructuras elementales de la conciencia general constituida por el lenguaje, como demuestra de forma impactante la teoría de Julian JAYNES sobre la psique bicameral del hombre arcaico que vivía sin una construcción libre de la sociedad⁴⁴. Ahora bien, sería absurdo que una ela-

⁴² *Lehrbuch*, § 37.I.3.

⁴³ *GA*, 1986, p. 203, p. 205.

⁴⁴ En *Der Ursprung des Bewußtseins durch den Zusammenbruch der bikameralen Psyche*, 1976, edición alemana, 1988. Con todo, nuestros objetivos no dependen de la discutida cuestión de la corrección histórica del análisis de JAYNES [cfr., al respecto, DENETT, *Canadian Psychology*, 27 (1986), núm. 2, pp. 149-154; MILLER, *ibidem*, pp. 155-157].

boración relativamente «tardía» de la cultura como es precisamente el Derecho tuviera que volver a desarrollarse de acuerdo con esta forma arcaica de conciencia. De hecho, semejante afirmación nunca ha aparecido entre las ideas de los deterministas, pues, también según los conceptos empleados por estos autores, la jurisdicción penal debe seguir utilizando las estructuras tradicionales del lenguaje.

Por último, supone también una completa deformación de mi concepción asentada en un concepto de realidad elaborado sociológicamente la crítica de JAKOBS de que tal concepción sería altamente especulativa y que las estructuras lingüísticas aducidas por mí no serían sino «competencias» (en la terminología de este autor), es decir, el fundamento de los deberes jurídicos⁴⁵. De este modo, JAKOBS tan sólo está sustituyendo el naturalismo ingenuo del planteamiento tradicional por la concepción de la sociedad, vaciada de sentido, proveniente de la teoría de los sistemas y desconoce, por añadidura, que las estructuras elementales de una sociedad, que constituyen el horizonte significativo y, por ello, son previas también a toda regulación jurídica, no pueden ser reguladas o modificadas por el Derecho, sino, justamente al contrario, definen el posible marco en el que éste puede moverse.

cc) La libertad de un ser humano normal para comportarse en una situación normal de una manera u otra y, por tanto, para comportarse también conforme a Derecho se asienta firmemente en nuestra realidad (que está constituida lingüísticamente y que es ineludible para

⁴⁵ *Strafrecht, AT*, 2.ª ed., 1991, 17/23, n. 48 [versión española: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1997].

cualquier función social vinculada al lenguaje) no como una mera ficción o una aserción normativa, sino como parte de la realidad social. De esta forma, el sujeto social del que nos ocupamos en Derecho penal constituye una encarnación del «yo pienso»⁴⁶ de Immanuel KANT, en el contexto de un concepto de realidad ineludible para cualquier uso del lenguaje referido a la sociedad, concepto que, acertadamente, concibe la construcción de la realidad social producto del lenguaje como una parte de la realidad generadora del Derecho y, por tanto, insoslayable para el mismo.

⁴⁶ La pertenencia, postulada por KANT, de la persona a un mundo inteligible para el que las leyes del mundo de los sentidos no tienen ninguna validez (cfr. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Ausgabe, vol. 5, p. 43; cfr., además, el mismo, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, op. cit., vol. 4, pp. 453 y ss.), en mi opinión ha de entenderse empíricamente en el sentido de que las decisiones de actuar se realizan mediante operaciones lingüísticas que presuponen la libertad del sujeto y que están constituidas por el contexto social describible sólo mediante el lenguaje. La famosa máxima de KANT: «Si puedes, entonces debes» (cuya fórmula abreviada, por cierto, no fue propiamente acuñada por él; cfr. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, p. 4 (Observación), p. 31; BECK, *Kants «Kritik der praktischen Vernunft»*, 1974, p. 292, n. 74) puede entenderse como la afirmación empírica de que la renuncia consciente a la satisfacción de una necesidad impulsiva es posible porque la comprensión elaborada en la consciencia de la prohibición posibilita una acción, dirigida por la consciencia, acorde con la norma, acción que, sin esa comprensión, no podría acceder en modo alguno al repertorio de comportamientos del individuo. Bien entendido que, con ello, no estoy suscribiendo una posición indeterminista «fuerte», sino que sólo sostengo la autodefinición de la consciencia vinculada por el lenguaje mediante la libertad como premisa incuestionable de todos los fenómenos culturales que aquél origina, entre los cuales se cuenta también el Derecho.

4. El escaso tiempo disponible me impide seguir ocupándome de la discusión más reciente sobre las bases ontológicas de la culpabilidad. «*Irrungen und Wirrungen*» [«Errores y turbaciones»], proclamaría, si se me permite concluir este apartado no con una alusión a KANT, HEGEL o GOETHE sino con una cita a Theodor FONTAN, un autor más próximo a mi desapasionado pensamiento.

III. CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y LAS VARIANTES MODERNAS DE LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN

1. El anterior lema puede aplicarse también a la historia de la acogida dispensada al intento de ROXIN, hace casi treinta años, de ampliar la categoría sistemática de la culpabilidad y subdividirla entre la culpabilidad, en el tradicional sentido estricto de poder actuar de otro modo, como primer nivel, y un poder de evitación cualificado, regido por las finalidades de la pena, como segundo nivel⁴⁷. Este planteamiento no responde a una etérea idea filosófica, sino a una noción plenamente asentada en la dogmática, que no prescinde ni un ápice de la idea de culpabilidad, sino que, con la extensión del nivel sistemático de la culpabilidad hasta la responsabilidad (compuesta de dos niveles), se limita a garantizar el equilibrio en el sistema penal y su compatibilidad con el material jurídico estructurado por el Código. Al igual que el injusto penal no presupone lisa y llanamente antijuricidad, sino una antijuricidad cualificada en el sentido de dañinidad social⁴⁸, los fines de la pena no reclaman la puni-

⁴⁷ ROXIN, *AT*, § 19.I, núm. marg. 1 y ss., § 19.IV, núm. marg. 33, 52 y ss.; *vid.* ulteriores referencias en la nota 10.

⁴⁸ Cfr., al respecto, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/FIGUEROA DIAS (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 149 y ss., p. 174.

ción de todo injusto culpable (esto es, evitable), sino que remiten a una cota de reprochabilidad cualificada, a determinar en concreto por el legislador, y que, en sentido sistemático, ha de reflejarse dentro del injusto y la culpabilidad como niveles valorativos y no fuera de ellos mediante la inflacionista aceptación de condiciones objetivas de punibilidad.

Las críticas que todavía se formulan, tras treinta años, desde posiciones tradicionales⁴⁹ consisten, a mi juicio, en una serie de simples malentendidos de los que, durante este tiempo, ya se ha ocupado suficientemente ROXIN⁵⁰. Por tanto, sólo quisiera ocuparme de la crítica, expresada recientemente también por LESCH en su escrito de habilitación, sobre los «fundamentos de una revisión funcional del concepto de delito». Entiende este autor que las teorías preventivas de la pena no son compatibles con el principio de culpabilidad por el hecho y que no se puede construir un sistema funcional del delito sobre la base de finalidades preventivas, dado que no existiría una relación funcional recíproca entre culpabilidad por el hecho y pena preventiva, pues la pena aportada por la idea de culpabilidad por el hecho sería una

⁴⁹ SCHÖNEBORN, *ZStW*, 88 (1976), pp. 369 y ss.; BURKHARDT, *GA*, 1976, pp. 321 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 21 y ss., y 28 y ss.; ZIPF, *ZStW*, 89 (1977), pp. 707 y ss.; SEELMANN, *Jura*, 1980, pp. 509 y ss.; KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 562; FRISTER, *Die Struktur des «voluntativen» Schuldelements*, 1993, pp. 99 y ss., y 118 y ss.; DREHER, «Unser indeterministisches Strafrecht», *Festschrift für Spindel*, 1992, p. 13.

⁵⁰ ROXIN, *AT*, § 19.IV, núm. marg. 36 y ss.; el mismo, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 279 y ss.; el mismo, *ZStW*, 96 (1984), pp. 641 y ss.; el mismo, *SchwZStr*, 104 (1987), pp. 356 y ss.

reacción retrospectiva ante un delito ya acaecido, para el que cualquier tipo de prevención llegaría demasiado tarde ⁵¹. Sin entrar en detalles, esta argumentación tiene su origen en la tesis de JAKOBS, adoptada por su discípulo LESCH, según la cual, el concepto de delito ha de ser entendido como comunicación, es decir, como expresión de sentido del sujeto en tanto que persona formalmente racional ⁵². Con ello, se retorna a la sustitución de la realidad por la comunicación acerca de la realidad, tema al que ya me he referido críticamente al tratar los fundamentos ontológicos de la culpabilidad penal.

2. En la categórica toma de postura de LESCH contra la incorporación a la responsabilidad penal de consideraciones teleológico-rationales propias de la teoría del fin de la pena, se ponen en evidencia de forma ejemplar las diferencias entre el funcionalismo de la escuela de JAKOBS y la vinculación, según ROXIN, entre política criminal y sistema penal: delito y pena son trasladados por JAKOBS y sus discípulos al nivel simbólico de la metacomunicación y la imputación no se vincula a presupuestos empíricos, sino al concepto normativo de persona, por lo que estamos ante una nueva teoría absoluta de la pena en la que el antiguo concepto de retribución ha sido simplemente sustituido por el discurso de la reafirmación comunicativa de la norma. Permítaseme, en la ciudad de los Juegos Olímpicos, esta gráfica descripción: JAKOBS ha dado un salto desde LUHMANN y ha aterrizado en HEGEL, justo al lado de KÖHLER, para quien la necesidad de pena sigue sin extraerse de las necesidades sociales, sino únicamente de la siguiente implicación lógica: «la negación de la vigencia acaecida (debería)

⁵¹ LESCH, *Der Verbrechensbegriff - Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 181 y ss.

⁵² LESCH, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

superarse según una racionalidad jurídica genérica de la que también (participa) el autor»⁵³.

Personalmente sigo considerando errónea esta aritmética del delito (coincidiendo así con los sofistas griegos⁵⁴ y con los padres del Proyecto Alternativo⁵⁵). Quisiera tan sólo resumir de nuevo las cuatro objeciones fundamentales: 1) La superación del mal se consigue sólo mediante la reparación y no con la causación de un nuevo mal, pues sólo el mal y el bien —o, planteándolo subjetivamente, el dolor y el placer— pueden compensarse, mientras que de un mal redoblado o de un dolor redoblado resulta un saldo doblemente negativo. 2) Para eludir esta aporía, los partidarios de la teoría absoluta de la pena se refugian, ya desde los tiempos de HEGEL, en el discurso abstracto de la mera «negación de vigencia». Pero, con ello, pierden de vista la especificidad del Derecho penal y sólo consiguen caer en una nueva aporía. En efecto, cualquier comportamiento antijurídico que, sencillamente, no respete las normas del Derecho civil o del Derecho público contiene también una negación de vigencia. Los partidarios de la teoría absoluta de la pena deben, pues, o bien adoptar la simple antijuricidad en lugar de la dañosidad social como punto de vinculación con la pena, o bien admitir que la negación de vigencia no constituye en absoluto el factor decisivo de la necesidad de pena. De esta trampa ya no pueden escapar. 3) En lo que concierne a la magnitud de la pena, en palabras de KÖHLER, «su base necesaria (debe estar constituida) por el efectivo restablecimiento de la misma rela-

⁵³ KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, cap. I, III.1.3.2.

⁵⁴ Sobre la teoría de la pena de los sofistas, en la actualidad, detalladamente, ROßNER, *Recht und Moral bei den griechischen Sophisten*, 1998.

⁵⁵ Paradigmático al respecto KLUG, en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, pp. 36 y ss.

ción jurídica, incluso en las sanciones más leves»⁵⁶. Según las reglas implícitas de la aritmética retributiva, esto puede ser a lo sumo el Talión, tal y como en principio lo admitía KANT, aun cuando él mismo se alejó notablemente de este criterio al preconizar la pena de castración para las violaciones, mostrándose así de forma sorprendente como un radical precursor del feminismo actual⁵⁷. Sin embargo, la realidad del Derecho penal sobrepasa el Talión, pues entre nosotros a los ladrones no se les impone, cuando menos en caso de reincidencia, una simple pena pecuniaria, sino una pena privativa de libertad y el violador debe pagar con una prolongada pena de prisión la breve degradación (si bien sus efectos traumáticos pueden prolongarse en el tiempo) de la persona y el cuerpo de su víctima. Con una simple «incorporación del autor a la negación de vigencia por él establecida, para compensar así la contradicción de vigencia establecida por el hecho»⁵⁸ difícilmente puede justificarse como «pena justa» una sanción en cierto modo brutal que supera frecuentemente la gravedad del injusto. 4) Finalmente, con la aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas llega el momento decisivo de comprobar si la teoría absoluta de la pena respeta sus premisas. Como es sabido, JAKOBS considera que todos los presupuestos de la pena serían, desde un principio, igualmente adecuados para las empresas, por lo que podrían aplicarse a tales sujetos sin que fuera necesario en absoluto una adaptación previa⁵⁹. Si, de acuerdo con KANT y KÖHLER, el principio de la pena se basa en que toda persona es consciente en todo momento de que aquello que hace contra otro se lo causa, según la regla de la Justicia,

⁵⁶ *AT*, cap. I, III.1.3.3.

⁵⁷ *Die Metaphysik der Sitten*, Akademie - Ausgabe, tomo VI, p. 363.

⁵⁸ KÖHLER, *op. cit.*, cap. I, III.1.3.2.

⁵⁹ *AT*, *op. cit.*, 6/44 y s.

a sí mismo; y si, por consiguiente, el fundamento de la pena implica un elemento moral, es decir, subjetivo-auto-reflexivo ⁶⁰, entonces no puede subsumirse en la noción de hecho punible la lesión de un bien jurídico originada sólo en relaciones colectivas de la acción no previstas plenamente por el individuo. Sin embargo, si, como en el caso de JAKOBS, no se tiene reservas en calificar a la «persona» como un simple producto artificioso del Derecho, es decir, como la interfaz abstracta de cualquier norma de imputación, entonces la fundamentación de la pena deviene circular. En efecto, el daño a la vigencia no es, en tal caso, algo constatable empíricamente, sino que, al final, se define en la propia norma de imputación, de manera que el Derecho penal no se puede legitimar ni criticar de forma suprapositiva. Así, en este autor la teoría absoluta del Derecho penal se convierte en la teoría del positivismo absoluto de la pena y la culpabilidad, cosa que el propio JAKOBS, si en este punto lo entiendo correctamente, considera una pura obviedad, mientras que yo sigo viendo en ello una carencia fundamental e irreparable de una teoría penal que representa cada vez más una simple genuflexión ante el legislador.

3. La discusión de principios analizada hasta ahora es típicamente alemana, pues los sectores enfrentados en el debate desarrollan únicamente teorías diferenciadas de las que, no obstante, no se derivan resultados prácticos apreciables. Sin embargo, si cada bando se tomara en serio sus propias teorías, debería llegar a soluciones radicalmente divergentes. Por ejemplo: quien niega de forma general el libre albedrío o considera que no es verificable en el caso concreto debería, consecuentemente, abogar por un Derecho exclusivamente de medidas de seguri-

⁶⁰ KÖHLER, *op. cit.*, cap. I, III.1.3.2, con cita a KANT en la nota 153.

dad, en el que no se podría operar con ayuda de las ficciones del concepto social de culpabilidad; quien, con JAKOBS, conciba el concepto de persona y su correspondiente concepto de culpabilidad como una pura «interfaz» normativa, debería aceptar no sólo (como JAKOBS) la punibilidad propiamente dicha de las personas jurídicas ⁶¹, sino también cualquier *strict liability* que dispusiera el legislador. Sin embargo, nadie tiene en realidad la intención de destruir las reglas de punibilidad reconocidas hoy en día de forma general, de manera que la delimitación de los ámbitos de punibilidad adoptada actualmente *de lege lata* (fruto maduro, después de todo, de la explicación del tradicional principio de culpabilidad ⁶²) se apoya en un amplio consenso que, en lo fundamental, llega incluso a ser total.

IV. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA

1. La idea de culpabilidad es tomada absolutamente en serio cuando se parte de sus consecuencias prácticas. Prueba concluyente de ello es, justamente, el reciente

⁶¹ AT, 6/45.

⁶² Para demostrarlo con dos ejemplos legales: la exigencia de una relación de imprudencia en el § 18 StGB ocupa, en los delitos cualificados por el resultado, el lugar de la responsabilidad puramente causal; y el reconocimiento de «otra anomalía psíquica grave» en el § 20 StGB se deriva del conocimiento psiquiátrico de que las alteraciones psíquicas más graves sin base neurológica conducen también a una anulación de la libertad de decisión, a pesar de que en tales situaciones precisamente no existe ningún método de tratamiento prometedor entendido como la posibilidad de resolución alternativa del conflicto reclamada por JAKOBS (cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 17; al respecto, SCHÜNEMANN, en HIRSCH/WEIGEND, *op. cit.*, pp. 158 y ss.).

debate sobre la elasticidad del principio de culpabilidad por el hecho en la figura de la *actio libera in causa*.

a) La valoración de la *actio libera in causa* es verdaderamente la piedra de toque de la seriedad en la puesta en práctica de la idea de culpabilidad, como puede demostrarse con una comparación con el *common law* en el supuesto aplicativo más importante: la embriaguez. En el Derecho anglosajón, a grandes rasgos, la embriaguez ocasionada por el propio sujeto sólo se admite como causa de exclusión de la pena cuando, como consecuencia de la ebriedad, falta el dolo específico exigido por el tipo⁶³. Así, poco más o menos, la anulación de la capacidad de inhibición reconocida como causa de exclusión de la culpabilidad en el § 20 StGB no tiene ninguna relevancia en el *common law*. La solución radicalmente opuesta, basada en un principio de culpabilidad por el hecho sin compromisos, exigiría, por el contrario, que el sujeto, en el momento de su último movimiento corporal, fuera todavía imputable sin limitaciones. De este modo, todo estado de embriaguez que eliminara la capacidad de comprensión y de inhibición excluiría la culpabilidad y, con ella, la punibilidad, aun cuando el sujeto hubiese bebido precisamente para cobrar valor con el objeto de vulnerar el bien jurídico y hubiese tenido, por tanto, la intención de lesionarlo. En el año 1892, el Tribunal Supremo del Reich adoptó una solución de compromiso, plasmada en el reconocimiento de la denominada *actio libera in causa*, con ocasión de un caso acaecido en Königsberg, ciudad natal de Immanuel KANT: un lechero arrolló con su caballo, que tiraba al trote del carro de la leche, a un peón caminero y alegó inimputabilidad en el momento del atropello basándose en su completa

⁶³ La denominada regla *Majewski*; *vid.* SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 7.ª ed., 1992, p. 220, con referencias.

embriaguez. Ya entonces, el Tribunal Supremo esbozó el actualmente denominado modelo de la tipicidad y lo fundamentó a través de la analogía con la autoría mediata: consideró que la propia ingestión prolongada de bebida era la acción típica imprudente y la equiparó al supuesto en que «el acusado, en su trayecto por la ciudad, hubiese dejado las riendas de su impetuoso caballo en manos de un tercero inconsciente»⁶⁴.

b) La figura de la *actio libera in causa* ha sido en la última década el segundo gran campo de batalla en el ámbito de la culpabilidad penal, junto con la discusión sobre su fundamento teórico. Al respecto, se ha originado un, en parte fascinante, en parte irritante, movimiento pendular (un paso «adelante» y otro «atrás» a modo de vaivén), al preconizarse, en una primera fase, una agudización y ampliación de la punibilidad en comparación con la *actio libera in causa*, mientras que, en una segunda fase, domina una tendencia al abandono de esta figura en general y se defiende ahora el principio de culpabilidad en el sentido más restrictivo antes esbozado.

1) Frente al «modelo de la tipicidad», que califica el acto de embriagarse como acción típica y que se basa en el paralelismo con la autoría mediata, HRUSCHKA⁶⁵, en primer lugar, y NEUMANN⁶⁶, posteriormente, patrocinaron el «modelo de la excepción». Este modelo renuncia a la simultaneidad entre la realización del tipo y la culpa-

⁶⁴ RGSt, vol. 22, p. 413, p. 415.

⁶⁵ HRUSCHKA, *JuS*, 1968, p. 554; el mismo, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 421; el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., 1988, pp. 343 y ss.; el mismo, *JZ*, 1989, p. 310.

⁶⁶ NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 269 y ss.; el mismo, *ZStW*, 99 (1987), pp. 567 y ss.

bilidad y se fundamenta mediante la construcción de una «responsabilidad dialogal» dividida en dos niveles de imputación. El «modelo de la excepción» comporta una considerable ampliación de la punibilidad en comparación con la figura tradicional de la *actio libera in causa*, dado que permite castigar por un hecho doloso y culpable incluso cuando el sujeto sólo ha actuado dolosamente durante el estado de incapacidad de culpabilidad sin que —a diferencia de la *actio libera in causa* dolosa— debiese haber tenido dolo de lesionar el bien jurídico en el preciso momento de la acción de embriagarse ⁶⁷.

No necesito repetir aquí las críticas al «modelo de la excepción», que hace ya diez años consideré convincentes ⁶⁸, pues, en la actualidad, la tendencia absolutamente dominante no apuesta por una ampliación sino que, por el contrario, se inclina por una radical limitación de la *actio libera in causa* e incluso HRUSCHKA, el creador del «modelo de la excepción», sólo se atreve a defenderlo *de lege ferenda* ⁶⁹. Por tanto, deseo únicamente resaltar que, en el fondo, este planteamiento desemboca en una ampliación de la punibilidad conforme al modelo del *common law* y se aparta así de las bases de la dogmática alemana de la culpabilidad.

2) Justo en dirección opuesta a la tendencia del modelo de la excepción, HETTINGER, en su escrito de habilitación, se ha pronunciado por principio contra el reconocimiento de la *actio libera in causa*. Recientemente, el Tribunal Supremo Federal alemán le ha seguido en

⁶⁷ HRUSCHKA, *JuS*, 1968, pp. 554 y 558; NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

⁶⁸ En HIRSCH/WEIGEND, *op. cit.*, pp. 147, 169 y ss., con numerosas referencias adicionales.

⁶⁹ HRUSCHKA, *JZ*, 1996, p. 64, p. 69; el mismo, *JZ*, 1997, pp. 22 y ss.

una sentencia cuyo ámbito de aplicación se limita a los delitos del tráfico rodado, pero cuya argumentación debería tener como consecuencia un rechazo mucho más extenso de esta tradicional figura. En efecto, en una polémica sentencia de 22 de agosto de 1996, la IV Cámara de lo Penal ha declarado inaplicables los principios de la *actio libera in causa* a los delitos de puesta en peligro del tráfico rodado y conducción sin permiso (§§ 315 c y 316 StGB), con lo que no sólo ha rechazado de forma general el «modelo de la excepción», sino que ha declarado también inaplicable la construcción del «modelo de la tipicidad» a los delitos de mera actividad ⁷⁰.

La discusión desencadenada por esta sentencia va desde el vaticinio de que se habría iniciado el principio del fin de la *actio libera in causa* en la jurisprudencia ⁷¹, hasta la defensa de la *actio libera in causa* incluso en delitos de propia mano como la conducción en estado de embriaguez y la puesta en peligro del tráfico rodado ⁷². Si lo entiendo correctamente, el párrafo segundo del artículo 20.1 del nuevo Código Penal español de 1995 admite un planteamiento más amplio de la *actio libera in causa*, que incluye los delitos de propia mano, versión que ha sido rechazada expresamente por la IV Cámara de lo Penal del Tribunal Supremo Federal y que, en Alemania, sólo es mantenida todavía por una opinión minoritaria. Esta configuración legal tal vez sea fruto de la penetrante investigación de Joshi JUBERT. Según esta autora, las prohibiciones y mandatos se refieren también a aquellas formas de comportamiento a través de las cua-

⁷⁰ BGHSt, vol. 42, p. 235, p. 238 y ss.

⁷¹ AMBOS, NJW, 1997, p. 2296 y ss.; FAHNENSCHMIDT, DriZ, 1997, p. 77 y ss.; HORN, StV, 1997, p. 264 y ss.; WOLFF, NJW, 1997, p. 2032 y ss.

⁷² Así, en este último sentido, HIRSCH, JR, 1997, p. 291 y ss., con numerosas referencias a las posiciones contrarias.

les el sujeto elimina la posibilidad de ser interpelado por la norma, ya que, de lo contrario, se daría carta blanca al fraude de ley y cualquiera podría sustraerse mediante tal modo de proceder al carácter motivador de las normas penales⁷³.

c) En el espacio de una ponencia tan breve es imposible ocuparse de las difíciles distinciones, a menudo verdaderas filigranas, que las diferentes teorías sobre la *actio libera in causa* presentan en la actualidad, por lo que debo interrumpir en este punto mi relato acerca del estado de la cuestión en esta materia. En cualquier caso, tal como también acaba de hacer patente JAKOBS en el Libro Homenaje a NISHIHARA, es una equivocación considerar en la actualidad obsoleto el modelo de fundamentación basado en la autoría mediata⁷⁴.

V. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

En el marco de esta breve panorámica general es completamente imposible ocuparse de cada uno de los numerosos problemas concretos que, en la actualidad, son objeto de debate en el ámbito de las distintas causas de exclusión de la culpabilidad. Por ello, quisiera limitarme a denunciar los peligros de una «praxis constructiva *ad hoc*», corta de miras y carente de elaboración sistemática,

⁷³ Cfr. el resumen en alemán de su trabajo *La Doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho Penal*, Barcelona, 1992, en BYRD/HRUSCHKA/JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2, 1994, p. 337.

⁷⁴ «Die sogenannte actio libera in causa», *Festschrift für Nishihara*, 1998, pp 119 y ss. [versión española: «La denominada actio libera in causa», trad. de P. González Rivero, *Poder Judicial*, 50 (1998), pp. 241-259].

de la mano de algunas observaciones sobre dos escritos de habilitación al respecto aparecidos en los últimos años. También me referiré a la absurda y, sin embargo, dominante en la doctrina alemana «teoría que remite a las consecuencias jurídicas» en el error sobre el tipo de permisión, un planteamiento que amenaza con disolver el concepto de culpabilidad.

1. A la aportación de ROXIN consistente en integrar el punto de vista del fin de la pena en la categoría sistemática ampliada de la responsabilidad, se ha opuesto abiertamente el intento de BERNSMANN de reconvertir una parte importante de la tradicional causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad del § 35 StGB en una simple causa de exclusión de la pena⁷⁵. Sin embargo, de este modo, más que ponerse en cuestión, se acaba confirmando el concepto de culpabilidad dividido en dos escalones, entendido como reprochabilidad cualificada (como la suma de la posibilidad y la exigibilidad del actuar de otro modo). En efecto, la propia «teoría de la diferenciación extrapenal» entre causa de exculpación y de exclusión de la pena en el seno del § 35 StGB propuesta por BERNSMANN, que se basa en la sencilla tesis de la imposibilidad de prohibir la autopreservación⁷⁶, se compadece con la amenaza a la vida, pero no con la mera amenaza corporal o a la libertad. Por tanto, la construcción sistemática de esta diferencia radica precisamente en la distinción entre posibilidad y exigibilidad de otra conducta como subcategorías de la responsabilidad (es decir, de la culpabilidad en sentido amplio).

2. En su análisis del «elemento volitivo de la culpabilidad», FRISTER se ha dirigido contra la interpretación

⁷⁵ BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand*, 1989.

⁷⁶ BERNSMANN, *op. cit.*, pp. 235-304 (en especial, pp. 265 y ss., p. 285, p. 295).

preventiva de diferentes causas de exclusión de la culpabilidad efectuada por ROXIN, pero sólo en el sentido de situar el criterio de la exigibilidad en el mismo principio de la exculpación⁷⁷, algo que, propiamente, no provoca ninguna diferencia importante. Estoy plenamente de acuerdo con el planteamiento básico de FRISTER de que la culpabilidad no ha de concebirse como una imputación condicionada por intereses, sino sólo como el resultado de una valoración de la estructura psíquica del comportamiento en cuestión. Sin embargo, para realizar dicha valoración no considero correcto, a diferencia de FRISTER, recurrir a reglas prepositivas de imputación moral⁷⁸, sino a un concepto esencialmente empírico como es el de la evitabilidad.

3. Como último caso singular, haré mención a la denominada «teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas» en el error sobre el tipo de permisón. En este planteamiento se manifiestan claramente las antinomias semánticas y la desidia propias del concepto tradicional de culpabilidad que identifica esta categoría con el desvalor de la actitud interna. Los partidarios de la concepción tradicional no describen la culpabilidad en un sentido preciso como evitabilidad individual del comportamiento socialmente dañoso, sino como un vago desvalor de la actitud interna⁷⁹. Ello les lleva a

⁷⁷ FRISTER, *Die Struktur des «voluntativen Schuldelements»*, 1993, pp. 161, 164 y s., 206 y ss.

⁷⁸ La cita del texto se encuentra en FRISTER, *op. cit.*, pp. 250 y 259.

⁷⁹ HERREN, *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte*, 1966, pp. 85 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 38.II.5; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2.ª ed., 1975, 6/16 y ss. y 10/3 y ss.; el mismo, «Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht», *Festschrift für Gallas*, pp. 93 y ss.; el mismo, «Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche

creer (en palabras de JESCHECK) que, en caso de error sobre el tipo permisivo, es posible afirmar el dolo típico y, a la vez, negar el desvalor de la actitud interna propia del dolo⁸⁰. Sin embargo, con este «despertar» de los componentes de la actitud interna, se reimplantan de manera confusa reliquias del concepto psicológico de culpabilidad en el concepto normativo de culpabilidad. A ello se oponen muchos argumentos que yo mismo he expuesto anteriormente⁸¹ y que no es preciso repetir aquí. En todo caso, con tales construcciones *ad hoc* sólo se puede desacreditar el imponente producto que la dogmática penal alemana ha elaborado en los últimos cien años mediante la explicación del concepto de culpabilidad.

Tatgesinnung», *Festschrift für Jescheck*, vol. I, pp. 485 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *op. cit.*, previo al § 13, núm. marg. 113; WESSELS/BEULKE, *op. cit.*, § 10.I.3, núm. marg. 401.

⁸⁰ *Op. cit.*, § 41.IV.1.d.

⁸¹ En «Strafrechtssystem und Kriminalpolitik», *Festschrift für Rud. Schmitt*, 1992, p. 132; *GA*, 1985, pp. 351 y ss.

IV. LA OMISIÓN:
ESTADO DE LA CUESTIÓN *
Günther Jakobs



* Traducción a cargo de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.

I

Todo ordenamiento regulador de la existencia de Personas, esto es, todo orden social, contiene *como mínimo* el deber que se impone a toda Persona de no dañar a otra Persona. Para simplificar, en lo sucesivo denominaré tal prohibición como una relación negativa, puesto que se trata de un no-dañar a otra Persona; en cualquier caso debe quedar claro que esta relación negativa refleja por su parte una relación positiva, a saber, el reconocimiento del otro como Persona ¹. Pero un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar Personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a otra Persona, de edificar con ella —de forma parcial— un mundo en común y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva. Aquí voy a tratar sólo aquellos deberes

¹ HEGEL, *Rechtsphilosophie*, §§ 36, 38.

positivos que poseen la misma importancia que un deber negativo, esto es, los deberes de garante; por tanto, no se tendrá en cuenta el delito de omisión no equivalente al delito de comisión.

La diferencia entre deber negativo y deber positivo se puede encubrir sin duda, si se atiende tan sólo a los derechos que corresponden a tales deberes, puesto que, en efecto, en cualquier caso se puede constatar que un derecho ha resultado dañado y que la posición del titular del mismo se tornó desfavorable². Pero, en realidad, únicamente se puede proceder de la forma recién descrita, si ya se han fundamentado los deberes. Para la fundamentación, en cambio, hay que analizar la relación de las Personas de manera más precisa. En los deberes negativos se trata de la compensación de una situación de empeoramiento producida por el autor; si no hubiera existido el autor, la víctima no habría necesitado ayuda. Por el contrario, en los deberes positivos el autor hubiera tenido que compensar de todas formas una situación de necesidad que existía con independencia de su comportamiento; aunque no hubiera existido el autor, la víctima habría necesitado de igual manera ayuda. Así pues, el deber negativo resulta algo evidente mientras se trate de un ordenamiento social; el deber positivo, en cambio, no.

Por lo que respecta a la relación negativa, ésta no se compone meramente de prohibiciones de iniciar lesiones; muy por el contrario, existen junto a estas prohibiciones, mandatos de abstenerse de gestar lesiones, cuando no de revocarlas. Ejemplo: Quien deja que su automóvil ruede despacio hacia una persona que se encuentra cruzando la calle, cumple el deber de no dañar, siem-

² KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 210; WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 37.

pre y cuando no acelere; en cambio, quien deja que su automóvil ruede deprisa, tiene que frenar, esto es, actuar. En cualquier caso, tiene que ocuparse de que su organización no resulte dañosa para otros. Pero, ¿por qué está obligado a ello? ¿No puede argüir que es tarea del peatón o de la policía el cuidar de que la conducción de su automóvil (la del que atropelló) sea inocua? Ciertamente, él no puede alegar esto, porque entonces el peatón o el policía tendrían el derecho de organizar su conducción (la del que atropelló), lo cual significaría en la práctica que se le impediría conducir, es decir, que no se le reconocería —al menos en lo referente a la conducción de vehículos— como Persona. En cambio, si es que quiere ser considerado como Persona también cuando conduzca, *él mismo* es quien tiene que ocuparse de la inocuidad. En otras palabras, quien pretenda gozar de libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización; el que quiera excluir las consecuencias, tiene que dejar que sus asuntos sean administrados por terceros, no puede ser, por tanto, Persona. Este nexo entre la libertad de organizar y la responsabilidad por las consecuencias no guarda relación con la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos o con la de la acción respecto de la omisión.

De forma análoga, la relación positiva no se compone tan sólo de mandatos sino también de prohibiciones. Así, por ejemplo, se pueden mencionar las prohibiciones que atañen a todo destinatario de un mandato, a saber, la prohibición de arrebatarse a sí mismo mediante una acción positiva la capacidad de cumplir con el deber; de este modo, el médico que tiene que operar no puede embriagarse. Además, a causa de la obligación positiva, al obligado positivamente le conciernen también la totalidad de las prohibiciones del ámbito negativo; explicado asimismo de la mano de un ejemplo: Los padres no pue-

den matar a su hijo, en primer lugar, porque el niño es una Persona, y, en segundo lugar, porque ellos son los padres. Finalmente, puede que sólo sea razonable dirigir una prohibición a obligados especialmente, puesto que el camino que conduce al resultado delictivo no es accesible para otros; así, sólo los jueces pueden cometer prevaricación mediante el hecho de dictar sentencia (¡acción!), sólo los administradores de bienes pueden llevar a cabo administración desleal extrayendo dinero de la caja, etc. La enumeración —sin pretensión de exhaustividad— de estos tres grupos de casos debe bastar para poder inferir que la relación positiva tampoco descansa en la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos, ni en la de la omisión respecto de la acción.

ROXIN ha puesto de relieve las particularidades de los delitos que radican en el quebrantamiento de una relación positiva, especialmente su resistencia ante la intercambiabilidad entre comisión y omisión, y los ha llamado delitos de infracción de deber. Estos delitos de infracción de deber se contraponen a los anteriormente aludidos que radican en el quebrantamiento de una relación negativa. Deber positivo *versus* deber negativo, así reza la distinción que arraiga en la configuración social y que por ello resulta dogmáticamente determinante, en tanto que la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a meras características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal.

A causa de esta contraposición entre el deber negativo y el deber positivo se ha llamado a la teoría que aquí se defiende «dualista»³. Si bien esto es correcto, hay que

³ VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 354 y ss.; en líneas generales VOGEL secundada la posición aquí sostenida.

recordar que no lo es menos que este dualismo no supone una amalgama afilosófica de partes heterogéneas, sino el desdoblamiento de un planteamiento monista: El deber negativo es el reverso del reconocer-al-otro como Persona, que —como se dijo— ha de llevarse a cabo positivamente; en otras palabras, el nexo libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias es una institución, al igual que lo es, por ejemplo, la relación paterno-filial o el Estado de Derecho, etc.⁴.

II

Los deberes negativos, esto es, los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, se encuentran en lo fundamental fuera de controversia cuando son entendidos como deberes de *aseguramiento*. El deber de aseguramiento más relevante es el *deber general de aseguramiento del tráfico*. Éste tiene como contenido que la zona de roce de la organización propia con la organización ajena debe configurarse de forma socialmente adecuada. El supuesto habitual del delito de comisión es una lesión del deber que exige que sólo se produzcan movimientos motivados de forma socialmente adecuada, esto es, una lesión del deber de aseguramiento del tráfico, lo que se corresponde con la idea de FREUND, quien hace depender la responsabilidad por el delito de comisión de la existencia de la lesión de una «responsabilidad especial» —ésta sería aquí el deber de aseguramiento del tráfico—⁵. El deber de aseguramiento del tráfico como posición de garante se extiende

⁴ JAKOBS, *Strafrecht AT - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, pp. 29/57.

⁵ FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 68 y ss., y *passim*.

en el ámbito de los delitos de omisión desde el deber de controlar el propio cuerpo, pasando por los deberes de control de las máquinas que se usen, los automóviles, viviendas, animales, etc., hasta el deber de control de instalaciones fabriles, vías férreas, líneas de alta tensión y otros. Lo relevante es, siempre, que la exclusión de otros del trato con determinados objetos y, con ello, de la propiedad en un sentido muy lato —propiedad como un supuesto más de libertad de organizar— trae como consecuencia necesaria que hay que cuidar de la inocuidad de la organización —no sólo de los actos de organización, sino también del estado de la misma—.

Como siguiente deber negativo hay que mencionar el deber procedente de la *asunción* [*Übernahme*], el cual nace cuando alguien organiza la disminución de una protección ya existente que estaba actuando en una organización ajena; el deber en virtud de asunción es el *sinalagma* de esa merma de la protección ajena. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que se lleva a una persona de edad de la resguardada acera a una calzada muy frecuentada, o se promete que se va a avisar a un vehículo de salvamento que, si no fuera por esa promesa, habría sido avisado por otra persona, en el caso de la niñera, etc. Puesto que el deber compensa el déficit de seguridad que se ha producido fácticamente, es irrelevante si se ha asumido especialmente un deber procedente de un garante; puede que haya que compensar el servicio de un no-garante o de una máquina, o en general de la Naturaleza, en caso de que ésta hubiera sido la única efectiva. La efectividad hay que determinarla en el momento de la asunción; es necesario compensar la laguna que ha sido creada en ese momento, por cuanto cabe señalar que el «material de relleno» (el servicio a prestar conforme al deber) siempre es, lógicamente, de otra clase que el «material que ha sido disminuido», lo que de

todas formas carece de importancia siempre que resulte equivalente.

Mucho más polémicos que los deberes de aseguramiento son los deberes negativos de *salvamento*, esto es, aquéllos en virtud de los cuales hay que retraer un curso dañoso que ya ha alcanzado una organización ajena. La controversia no atañe en realidad a la figura de la asunción, en donde, puesto que se trata de un unirse con una organización ajena, el hablar de aseguramiento o de salvamento es en la mayoría de los casos una cuestión de formulación, sino que atañe sobre todo a la *ingerencia*. En tanto en cuanto la ingerencia genera deberes de aseguramiento, ésta es absorbida por los deberes de aseguramiento del tráfico ya tratados. Ejemplo: Quien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla; quien aumenta la velocidad de un automóvil tiene que moderar la velocidad en caso necesario, etc. Pero ¿qué sucede si la víctima ya cayó en la zanja o fue arrollada por el vehículo y ahora necesita ayuda? Pues bien, también en estos casos se sigue tratando del sinalagma libertad de organizar/responsabilidad por las consecuencias. En efecto, si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento). Explicado en sentido figurado: La herida de la víctima —a consecuencia del delito— pertenece a la organización del autor y éste repara esta usurpación curando la herida o tomando las medidas oportunas para su curación. Esto se puede formular también en la terminología de la figura de la asunción: Quien lleva a otro a

una situación de necesidad, tiene que ser tratado como si hubiese asumido la prestación de la ayuda.

Ahora bien, ¿cómo tiene que ser el comportamiento precedente para que dé lugar a deberes de salvamento? A diferencia de los deberes de aseguramiento, en los cuales en general sólo el propietario —en un sentido amplio— entra en consideración como competente, debido a que cualquier otra competencia menoscabaría su libertad de administración de la propiedad, los deberes de salvamento radican en una usurpación de organización, lo que significa que aunque se *excluyese* del salvamento *al que actuó* y el salvamento se llevase a efecto por terceras personas, no se estaría privando de competencia al que realizó el comportamiento precedente. Entre los que reconocen deberes como consecuencia de la teoría de la ingerencia reina unanimidad respecto a que en cualquier caso un comportamiento antijurídico origina este tipo de deberes. Ejemplificativamente: Quien lesiona a otro como consecuencia de un error al conducir un automóvil, tiene que ayudarle en la medida en que sea necesario. Pero los pilares firmes del pasado, en los que se apoyan quienes creen que *tan sólo* origina deberes el comportamiento precedente que es antijurídico, se tambalean considerablemente desde que su defensor principal de antaño, RUDOLPHI, quien instituyó esta teoría en una significativa monografía⁶, admite excepciones (estado de necesidad justificante, permiso de una autoridad administrativa que después de su concesión se convierte en antijurídico, responsabilidad por el producto)⁷.

⁶ RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966.

⁷ *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)-RUDOLPHI*, tomo 1.º, 6.ª ed., 27.º envío, § 13, núm. marg. 40 a-c.

En mi opinión, el ámbito de la ingerencia se reduce en demasía si nos centramos solamente en comportamientos anteriores que sean *antijurídicos*. El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, en tanto el titular de un automóvil responda civilmente también por un accidente «sin culpa» y ni la víctima, ni un seguro general público tengan que cargar con los daños patrimoniales del accidente, resulta difícil negar que la conducción de vehículos de motor —aunque sea absolutamente habitual— es definida jurídicamente como un riesgo especial, como un comportamiento por medio de cuya realización uno se extralimita frente a los demás en cierta medida. El conductor (el que organiza para el titular del vehículo) se apropia, por tanto, de la libertad de un *riesgo especial* y por ello tiene que librar a los demás con su patrimonio de los resultados perjudiciales que tal especialidad supone ⁸.

A efectos aclaratorios hay que indicar, de todas formas, que puede que un riesgo especial sea por su parte —*sit venia verbo*— «sobrepujado» por la víctima mediante un comportamiento contrario a sus obligaciones. Ejemplo: Si una persona ebria —a consecuencia de su estado— cae de la acera delante de un vehículo conducido correctamente por su conductor, la víctima ha hecho uso de más libertad especial que el conductor, y por ello no se derivan deberes de salvamento para este último. Puede que se considere anticuada —dicho sea de

⁸ Detallado, FREUND, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

paso— la responsabilidad objetiva del titular del vehículo y se exija un seguro obligatorio por parte de la víctima; puede que esto sea más acorde con la época actual, pero en tanto el Derecho civil valore la situación de forma distinta, el Derecho penal no puede tomar otro camino.

Los pormenores tienen que ser dejados aquí de lado, pero en cualquier caso parece que la regla «quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento» es más acertada que la regla del comportamiento precedente antijurídico. El Tribunal Supremo Federal alemán argumenta —al menos en sus conclusiones— en algunos casos con la fórmula general «riesgo especial»; en efecto, sólo así puede entenderse su sentencia sobre responsabilidad por el producto: El comportamiento precedente que en esa sentencia se califica —al menos terminológicamente— como de antijurídico (la distribución del producto) es, *de facto*, un comportamiento conforme a Derecho, hasta hoy incluso sin importancia, pero que precisamente la sentencia define por primera vez como riesgo especial, a saber, el riesgo de lanzar un nuevo producto al mercado ⁹.

De todas formas, aunque se considere como correcto lo expuesto hasta ahora, todavía queda por responder, en primer lugar, la siguiente cuestión: Si la diferencia entre acción y omisión es tan sólo de naturaleza técnica, ¿cuál es entonces el equivalente en el delito de comisión de las figuras de la asunción y de la ingerencia? La respuesta no es muy difícil de imaginar: Se tiene que tratar de casos en los cuales a causa del acto de asunción o del comportamiento precedente se prohíba un comportamiento que en caso contrario estaría permitido. Un ejemplo referido a la asunción: Todo el mundo puede apagar las luces de

⁹ BGHSt, vol. 37, pp. 117 y ss.

su automóvil cuando lo aparca definitivamente, siempre y cuando no haya asumido orientar a un nadador nocturno desde la orilla de un lago, en cuyo caso le está *prohibido* apagarlas. En los casos de ingerencia sucede lo mismo. Un ejemplo basado en el anterior: Un comerciante puede apagar por la noche la iluminación del escaparate aunque esté seguro de que algunos trasnochadores van a tropezar en el accidentado pavimento, a no ser que él haya causado de forma antijurídica el mal estado del pavimento, en cuyo caso le está *prohibido* apagar la iluminación.

Sobre la diferencia tan sólo de contenido técnico entre la acción y la omisión aquí sostenida, la segunda cuestión reza: ¿Dónde se encuentran, pues, los paralelismos respecto de la participación? La doctrina usual respondería acaso —teniendo en cuenta lo confuso de la situación no estoy completamente seguro— que en el ámbito de la relación negativa nos hallamos ante garantes de vigilancia de una fuente de peligro (para este punto de vista la niñera también tiene una posición de garante como vigilante, a saber, debe vigilar los peligros que amenazan al niño a consecuencia de la ausencia de los padres); estos garantes de vigilancia serían en principio autores, puesto que son los únicos responsables, pero en cambio —argumenta esta doctrina—, si no impiden el hecho del autor de un delito de comisión serían cómplices. Dejando de lado los pormenores, especialmente la crítica a la división meramente formal e intercambiable entre la posición de garante de protección de un bien jurídico y la de vigilancia de una fuente de peligro, intentaré deducir una conclusión de los resultados hasta ahora obtenidos: Teniendo en cuenta que nos hallamos ante un paralelismo entre acción y omisión, la conclusión es que la parte en el curso dañoso que le vincula con el ámbito de organización del omitente tiene que ser equivalente al acto de

organización en la comisión. Un dar-veneno equivale, por tanto, a un no-revocar-veneno (o no impedir el efecto del veneno, etc.), un sugerir-planes de un delito equivale a un no-impedir la realización de los planes del delito, y una multiplicidad de aportes que son suficientes para fundamentar una coautoría equivale a una multiplicidad de vínculos, pudiendo aportes y vínculos estar mezclados: Quien da veneno de forma contraria al deber (acción) y no cierra la puerta con llave ante el autor —también de forma contraria al deber—, etc. (omisión), responde igual que quien no revoca el veneno (o los efectos del mismo) y abre la puerta al autor, etc. De todas formas, tiene que existir siempre un motivo que permita pensar que los ámbitos de organización se encuentran vinculados. La simple producción o no-modificación de una situación socialmente adecuada, pero que es aprovechada por un tercero, no vincula. Dicho de forma breve: Los deberes de aseguramiento respecto del comportamiento delictivo de otras personas sólo incumben a aquél que ha participado mediante acción u omisión (fuera de los límites de la prohibición de regreso), a aquél que tiene que vigilar a la otra persona o a aquél que en el marco de sus negocios deja actuar a otra persona, esto es, deja que otros estructuren su propia organización (de él). También respecto a este punto la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto sustancial.

III

Lo mismo sucede respecto de la lesión de deberes positivos —que va a ser examinada a partir de aquí—, donde nos hallamos ante deberes de establecer un mundo en común —al menos parcialmente— con un beneficiario. ROXIN ha puesto de relieve que en estos

delitos la autoría no viene fundamentada mediante el dominio del hecho, sino mediante la infracción del deber. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos no existe responsabilidad accesoria para el obligado, puesto que en ellos es relevante no ya la organización —en la que varios pueden participar (división del trabajo)—, sino la lesión de un deber, lesión que siempre se lleva a cabo de un modo personalísimo. Carece de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones del mundo en común. El administrador de un patrimonio ajeno comete, pues, administración desleal en calidad de autor tanto si no exige de terceros no autorizados la devolución de la llave de la caja, como si él se la da, y el fiscal es de igual manera autor de un encubrimiento de funcionario [*Begünstigung im Amt*] tanto si conduce a la prescripción de forma contraria al deber el proceso penal contra su amigo, como si lo sobresee igualmente de forma contraria al deber.

Ahora bien, también los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción de deber. Así, por ejemplo, los padres se encuentran obligados positivamente respecto de sus hijos. Si no impiden que un asesino mate a su hijo o incluso le prestan ayuda, o si el padre no impide que la madre mate al hijo, no se trata, por ejemplo, de participación —por omisión o por acción— en los actos de organización del homicidio, sino de una lesión independiente del deber, esto es, de una autoría (que se fundamenta de forma no-accesoria). Esta consecuencia ineludible no es, sin embargo, inferida por la mayoría de la doctrina.

¿Cuáles son, pues, los deberes positivos? Hay pocas cosas que sean más controvertidas que la respuesta a esta pregunta. Incluso no es raro el intento de reconducir los deberes positivos a deberes negativos, de aceptar, pues, tan sólo comportamientos organizativos como fundamento de responsabilidad. El intento posiblemente más relevante en este sentido procede de GALLAS¹⁰. Pero no sólo resulta forzado el tratar de reconducir la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos a la cópula carnal (GALLAS se da cuenta de ello y acepta, pues, una inconsecuencia en su sistema), sino que también el concentrarse únicamente en la organización conduce, dicho en términos metafóricos, a una visión restringida. En efecto, la expectativa que ha de ser asegurada no se origina, en numerosas ocasiones, porque se haya organizado, sino que se dirige ante todo a la institución en cuyo marco se organiza. A modo de ejemplo: No se confía, por regla general, en un policía (porque haya organizado su incorporación al servicio), sino en la Policía; no se confía en el médico de una clínica, sino en la clínica; no en un juez, sino en la Justicia, etc. Y si se atiende a la incorporación del policía al servicio, del médico a la clínica y del juez a la Administración de Justicia, esto es, si se pone la mirada en el acto de organización que presuntamente es tan importante, no se pregunta de todas formas si había candidatos alternativos con, por lo menos, igual aptitud, de tal manera que no se discute si, en resumidas cuentas, existía una posibilidad efectiva de cumplimiento de la expectativa, posibilidad que pudiera ser asumida por el que se incorpora. En otras palabras, lo decisivo no es la organización «entrada en una institución» ni la «asunción autónoma... en sentido amplio»¹¹, sino la configu-

¹⁰ GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989 [1963], p. 67.

¹¹ Así, en cambio, KÖHLER, *op. cit.*, p. 210.

ración ya acuñada y anterior a la organización, de las instituciones «Policía», «clínica» o «Administración de Justicia».

La crítica —repetida una y otra vez desde KANT— de que el reconocimiento de deberes positivos como deberes jurídicos judicializaría la moral, no es acertada, puesto que las expectativas son válidas antes que las instituciones y sólo por medio de las instituciones son a su vez válidos los cargos públicos. En efecto, no se exige de una persona aislada que se sacrifique por otra o acaso por la colectividad, sino que se trata de evitar que se abandone intempestivamente aquella configuración mediante la cual desde siempre se presenta la sociedad a sí misma, de igual manera que tampoco tiene que ser transformado intempestivamente —orientándolo de otro modo— el nexo —también institucional— libertad de comportamiento/responsabilidad por consecuencias (ésta es la materia de la imputación objetiva: ¿a quién incumben qué consecuencias?).

Qué es Derecho y qué es «únicamente» moral, no es una cuestión inmutable, sino que depende de qué configuración de la sociedad se entienda que ha de ser garantizada formalmente y cuál, en cambio, informal y sin garantía. Hace alrededor de 200 años, esto es, una época que en Alemania se denomina en lo referente a la evolución del Pensamiento —probablemente con acierto— como Clasicismo, se decía una y otra vez que todos los mandatos jurídicos debían ser reconducidos a prohibiciones, esto es, a deberes negativos ¹². Pues bien, esta

¹² Referencias en JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 11 y ss.; detallado, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung, - Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín, 1999, pp. 69 y ss.

reducción de todas las instituciones a una sola, a saber, al sinalagma —aquí ya en numerosas ocasiones repetido— libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias, que se produce por la absolutización de la idea de que pueden existir legítimamente sociedades que sean liberales de forma extrema, esta reducción, como digo, resulta incluso para tales sociedades demasiado pobre. En efecto, incluso sin tener en cuenta que liberalidad pura ni siquiera se encuentra en las concepciones del Estado de LOCKE y KANT, sino tan sólo en el «cada uno a lo suyo» del estado natural de HOBBS, lo cierto es que también el Pensamiento clásico comienza con el reconocimiento de la Persona, y por ello nos hallamos ya ante un punto de partida positivo. Se trata, pues, de una liberalidad cimentada positivamente, a saber, centrada en la personalidad del otro, una liberalidad que reconoce al otro como Persona, que presupone el vínculo de la personalidad; y con ello —el planteamiento no puede, pues, renunciar a lo positivo— la sociedad liberal tiene también que plantearse la cuestión sobre la cantidad de lo positivo. Pues, ¿por qué habría que tomar en consideración tan sólo el mínimo de esa cantidad? Incluso es más. Se puede afirmar que el Derecho basado exclusivamente en la personalidad sólo es un Derecho establecido de forma abstracta. En efecto, todo intento de concretización presupone —entre otras cosas— un Estado, y éste a su vez no puede hallarse configurado de forma arbitraria, sino que debe garantizar una función jurisdiccional —si no los derechos serían meras quimeras—. Derecho material sin Derecho formal no es más que Derecho abstracto, y Derecho formal, el procedimiento judicial en sentido amplio, presupone por su parte una unión institucional.

Hay que estar de acuerdo con KÖHLER cuando expone que «el que un sujeto se convierta en personalidad

independiente y el que en ella se mantenga» presupone «relaciones jurídicas de libertad —instituciones liberales—»¹³. Habría que añadir, tan sólo, que en estas instituciones el paradigma de libertad dirigida a la comunicación ya se encuentra contenido en las mismas —o, por el contrario, no se encuentra— [pero, en cualquier caso, institución y libertad del sujeto no es algo que exista de forma separada]. El desarrollo espiritual de la subjetividad es, pues, interpretación del espíritu objetivo, o, por el contrario, no se encuentra acorde con los tiempos. Por lo que refiere al Estado, no se trata de comprender y describir en primer término qué sujetos produce, sino en qué medida él se muestra como indisponible, igual que si bien es cierto que el sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias permite desviaciones —basta pensar en la industria, antaño libre de responsabilidad, hoy cargada con la responsabilidad por las consecuencias, sobre todo la responsabilidad por el producto—, no es menos cierto que tal sinalagma no puede ser suprimido mediante una evolución de hoy a mañana.

Por tanto, los empleados públicos del Estado que tienen que llevar a cabo los cometidos del mismo, tienen que ser garantes desde luego de 1) la subsistencia mínima, 2) de la seguridad interior y exterior, y 3) de los principios fundamentales del Estado de Derecho. Los detalles no pueden ser expuestos aquí. Reina la controversia sobre todos los aspectos, incluso sobre la respuesta a la cuestión de si un policía es garante de impedir un delito, incluso aunque el ciudadano se encuentre en situación de autoprotegerse¹⁴. De todas formas, esa autoprotección resulta, por regla general, poco efectiva a causa del

¹³ KÖHLER, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴ SK-RUDOLPHI, *op. cit.*, § 13, núm. marg. 36, 54 c.

monopolio de la fuerza que posee el Estado, de modo que el brocardo *oboedientiae finis est protectio* es válido probablemente también respecto de la seguridad interior. En efecto, puesto que a la policía le incumbe un *deber* de entrar en acción, todo induce a entender ese deber como un deber de *garante*. Sorprendentemente, la tendencia a admitir posiciones de garante es, entre tanto, en Derecho medioambiental mucho más pronunciada que en las (demás) cuestiones de seguridad interna —en la dogmática jurídico-penal también existen, pues, modas—. En cualquier caso, el deber de un empleado público de la Administración de medio ambiente de revocar un permiso cuyos presupuestos de validez han desaparecido es entendido por la opinión mayoritaria como un deber de garante ¹⁵.

A diferencia de los deberes positivos de los empleados públicos del Estado —que aquí no han sido ni exhaustivamente aludidos ni suficientemente delimitados—, los deberes positivos de los padres frente a sus hijos se encuentran hasta cierto punto fuera de discusión; es más, incluso los defensores más entusiastas de la figura del dominio del hecho y, por consiguiente, del delito de organización comisivo como prototipo de todos los delitos, prefieren unir al «dominio sobre el motivo del resultado» otro dominio, el de la madre sobre el desvalimiento del hijo —entiéndase por esto lo que se entienda—, antes que negar en estos casos una posición de garante ¹⁶. Y cuando —para evitar la aplicación de las instituciones positivas— se insiste en el argumento de que los padres han «traído al mundo» a su hijo ¹⁷, este argumento es *per*

¹⁵ Así, el propio SK-RUDOLPHI, *op. cit.*, § 13, núm. marginal 40 b.

¹⁶ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 342 y ss.

¹⁷ FREUND, *op. cit.*, p. 273.

se un apoyarse en Naturaleza pura; de todas formas, cuando este argumento se combina con la consideración de que el deber es el reverso del *derecho* de los padres ¹⁸, esto no es sino otra descripción de un nexo institucional. En otras ocasiones se habla de forma habitual de las «estrechas comunidades de vida» como fuente de deberes positivos. Esta deducción no satisface, empero, puesto que la cercanía de una relación y su garantía jurídica son dos cosas distintas. Esta crítica no quiere decir, sin embargo, que en algunas comunidades de vida, estrechas —o menos estrechas—, se puedan encontrar los presupuestos de deberes positivos. En efecto, vida en común presupone constancia en el rol; sobre la base de veleidades no se puede fundar una comunidad. Ahora bien, indudablemente el Derecho no prohíbe ser veleidoso, aunque quizá sí el serlo a destiempo. Quien se ha unido, pues, a otro en una comunidad de peligro —trátese de una estrecha comunidad de vida o incluso de un matrimonio—, o aquel que ha protegido a otro *antes de la necesidad* para el caso de necesidad, puede ser obligado por el Derecho a permanecer en ese rol también *en la situación de necesidad*. Basta con pensar en la proverbial relación simbiótica del paralítico con el ciego, en la acogida en una residencia de ancianos, en la administración de un patrimonio ajeno, en la dirección de un hospital de primeros auxilios, etc. Tales casos no pueden ser solucionados por medio de la figura de la asunción, esto es, por medio de un comportamiento organizativo, puesto que en ellos puede que haya faltado la existencia de una organización alternativa. Se trata de la prohibición del *venire contra factum proprium*, lo que para el supuesto de una situación de necesidad significa la existencia del mandato de una prestación imputable positiva; yo suelo deno-

¹⁸ FREUND, *op. cit.*, p. 274.

minar al fundamento de esta posición de garante «confianza especial».

Estas breves observaciones sobre los deberes positivos no pueden ser concluidas sin señalar que tales deberes —al contrario que los negativos— no provienen del *status* general de la Persona, sino de una relación especial, verbigracia de la relación entre empleado público y ciudadano, padres e hijo, médico y el paciente que éste atiende, etc. Mientras que en la lesión de los deberes negativos el organizar es algo que puede ser llevado a cabo mediante la división del trabajo, y el grado de participación no es sino una cuestión cuantitativa, los deberes positivos no conocen *per se* de división del trabajo, puesto que el titular del deber desempeña un rol especial que le une de forma personalísima. El rol, como tal, no es divisible; divisibles son, en todo caso, los actos de organización que puedan llevarse a cabo para quebrantar el rol. Por ello, todos los roles que generan deberes positivos son características personales especiales y un *extraneus* es punible de forma atenuada (§ 28 I StGB) ¹⁹.

Este resultado no depende —una vez más— de la diferencia entre acción y omisión; quien aconseja a un empleado público que persiga a un inocente no incluyendo circunstancias exonerantes en los autos, se encuentra en la misma situación que quien le sugiere que finja circunstancias incriminatorias (§ 344 StGB), a saber, el *extraneus* tiene que ser penado de forma menor que el *intraneus* (§ 28 I StGB). De todas formas la aminoración para los *extraneus* no conlleva consecuencias cuando el delito de infracción de deber presenta la misma pena que un delito común. Ejemplo: Quien aconseja a una madre

¹⁹ Sobre la imposibilidad de la existencia de deberes positivos que tan sólo agraven la pena, SÁNCHEZ-VERA, *op. cit.*, pp. 195 y ss., 203 y ss.

que mate a golpes a su hijo (de la madre), sugiere la realización de un delito que, en cuanto delito de la madre, es uno de infracción de deber y, en cuanto delito de una persona cualquiera, es un delito de organización, y una participación en este último no conlleva aminoración alguna de la pena. Si, por el contrario, el partícipe hubiera aconsejado dejar morir de hambre al niño y la responsabilidad de la madre sólo se fundamentase en la lesión del deber positivo (relación paterno-filial; además, prácticamente siempre también la confianza especial), habría que aminorar la pena; si en cambio se hubiera dañado también un mandato del arsenal de los deberes negativos (*v. gr.*: asunción, recogiendo al niño de un centro en donde lo cuidaban), entonces se respondería de la participación en ese delito, sin la atenuación del § 28 I StGB, de igual modo que no se puede aconsejar a alguien que deje caer al niño que lleva en los brazos.

IV

He retornado de nuevo al comienzo de mis consideraciones: La diferenciación entre acción y omisión se desvanece —al ser una simple delimitación de naturaleza técnica— tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo, o entre delito común y delito de infracción de deber. Con ello no se despejan todas las incógnitas, pero al menos resulta claro ante qué problemática nos hallamos; a saber, se trata del contenido de los deberes y no de las cuestiones técnicas mediante las que éstos se cumplen o quebrantan.

Lo cierto es que hasta ahora no se habló de cómo la ciencia jurídico-penal se entiende a sí misma, tema que, según el proyecto originario de estas Jornadas, debía ser examinado. El cómo la ciencia del Derecho penal se

entiende a sí misma no puede ser inferido solamente del tratamiento jurídico-penal de la omisión, sin tener en cuenta otras partes de la Dogmática, en especial el concepto de culpabilidad, la teoría de la pena y la teoría del Derecho procesal penal. Pero por lo menos se puede tomar el delito de omisión como *pars pro toto* y, animándose a dar grandes pinceladas, formular lo siguiente.

Hace algo menos de un siglo se decía que la relación entre la comisión y la omisión era una relación entre «a y non-a»²⁰. El déficit constatado de acuerdo con las categorías naturalistas, el «non-a», se compensó añadiendo un plus normativo, una posición de garante. En cualquier caso, esto no condujo a una sola teoría del delito.

Hace cuarenta años se reemplazó el aparato psico-físico que tomaba como medida el «a» y «non-a» por la «lógica material» de la configuración del mundo mediante el «Hombre»²¹, «Hombre» entendido como un sujeto constituido —sea como fuere— *de forma previa* a la sociedad. Tanto la configuración como la no-configuración del mundo se entendían como el ejercicio de las «capacidades» del sujeto presocial y en ese sentido (aunque también sólo en ese sentido) se reemplazó la descripción de la Naturaleza por un intento de captar el espíritu subjetivo. De todas formas la posición de garante se añadía nuevamente desde fuera, de tal manera que todavía no se alcanzó una sola teoría del delito.

Es cierto que el entendimiento de los nuevos tiempos no puede introducir cambios en el hecho de que los indi-

²⁰ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1904, p. 140.

²¹ Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 16-21.

viduos muevan su cuerpo o que no lo muevan, y con ello en el hecho de que, como sujetos presociales, persigan algo o no; pero esto no interesa ya *per se*, sino sólo como detalle técnico que afecta a la prolongación de la Persona, esto es, entidades determinadas por normas cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o que no lo ocasiona, sino como un comportamiento que contiene significado; desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma. La dogmática jurídico-penal como explicación de una relación normativa se ha encontrado, por tanto, a sí misma. La dogmática jurídico-penal comienza con la vigencia de la norma, y considera a la Naturaleza interna o externa, o a la conciencia individual —en el mejor de los casos—, como indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma, pero no como materia jurídico-penal. El sistema Persona no ha suprimido pero sí superado dialécticamente al sistema «sujeto presocial» y tanto más al sistema psico-físico.

Lo dicho resulta ciertamente escaso sin una teoría que explique de qué normas se trata. Pero mi tema no era una completa teoría de la configuración de una sociedad moderna, sino sólo la ubicación de la omisión en esa teoría.

V. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN
EN EL DELITO: ESTADO DE LA CUESTIÓN *

Claus Roxin



* Traducción a cargo de María Teresa CASTIÑEIRA PALOU.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal español, de forma muy parecida a como lo hace el Derecho alemán (art. 28 CP, § 25 StGB), distingue tres formas de autoría: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.» Así, son autores aquellos que realizan el hecho por sí mismos, conjuntamente o por medio de otro al que utilizan como instrumento. De esta forma, la autoría inmediata, la coautoría y la autoría mediata se describen en términos muy semejantes a los utilizados en el Derecho alemán. En el apartado siguiente se establece que hay además otros dos intervinientes que pueden ser tratados como autores: el inductor y aquel que realiza una aportación necesaria para la ejecución (con ello se alude al cómplice principal del temprano Derecho español). Aparentemente esto último va más allá que el Derecho alemán, pero en realidad coincide bastante si se tiene en cuenta que según el Derecho alemán también al inductor se castiga «como a

un autor» (§ 26 StGB), y que aquel que realiza una aportación necesaria, según la opinión generalizada en la doctrina alemana, se considera titular del llamado dominio funcional del hecho y se castiga como coautor.

No voy a interpretar el Derecho español, sino que —de acuerdo con lo que se me ha encomendado— trataré exclusivamente sobre el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina en el ámbito de la autoría y participación en Alemania. Pero la similitud entre ambos Códigos Penales permite que finalmente podamos de forma adecuada tratar sobre nuestro derecho común.

Comienzo por la jurisprudencia y luego me referiré a las discusiones doctrinales. En ambos casos por razones de tiempo seré breve y ejemplificaré.

II. LA JURISPRUDENCIA

1. *La autoría inmediata*

Puede hoy asegurarse que, para la jurisprudencia alemana, aquel que realiza el hecho de propia mano y dolosamente en todo caso es autor, aunque realice el hecho por encargo o en interés de otro. La jurisprudencia del RG e inicialmente también la del BGH habían apreciado en estos últimos casos sólo complicidad, por la falta de «ánimo de ser autor». Así sucedió en el año 1962 en el famoso caso Staschynsky, en el que un agente ruso que por encargo del servicio secreto soviético mató, en Munich, en plena calle a dos políticos exiliados, sólo fue condenado por complicidad (BGHSt 18, 87); igualmente, los delincuentes nazis que con sus propias manos habían matado a otras personas, fueron castigados por lo

general como cómplices, si al actuar lo hacían en interés de la dirección del Estado de aquel entonces.

Desde la entrada en vigor de la nueva Parte General (1975) este género de decisiones se excluyen en virtud de una correcta, pero también discutida, interpretación de la letra de la ley. Según el § 25.I StGB es autor quien «realiza el hecho por sí mismo»; difícilmente se puede decir que aquel que realiza todo el tipo personalmente, no ha cometido el hecho por sí mismo. Sin embargo, el BGH hasta ahora no ha considerado que exista autoría sin excepciones para aquellos que realizan por sí mismos todos los elementos del tipo, sino que dice más bien: «El BGH no ha defendido hasta ahora esta interpretación estricta», y quiere dejar abiertas sus decisiones para «casos excepcionalmente extremos» (BGH, NStZ, 1997, 224 y ss.). Hasta ahora no se han producido estos casos y quizá no se planteen nunca. Los llamados tiradores del muro [*Mauerschützen*], que disparaban contra los fugitivos en la frontera de la República Democrática Alemana, son condenados por la jurisprudencia alemana como autores, aunque actuaran por encargo y en interés del Estado (BGHSt 39, 31).

2. *La autoría mediata*

En el ámbito de la autoría mediata el desarrollo más importante de los últimos años reside en que el BGH basa sus decisiones sólo en la doctrina del dominio del hecho. Asume así un criterio, discutido incluso entre los defensores de la doctrina del dominio del hecho, pero que —de acuerdo, por ejemplo, con la interpretación por mí defendida en la doctrina— admite autoría mediata de la persona de atrás en casos de creación o aprovechamiento de un error de prohibición evitable y en casos de órdenes en el marco de aparatos organizados de poder,

aunque en estos supuestos también quien obra inmediatamente es responsable como autor. Se reconoce así por la jurisprudencia que el «autor tras del autor» es un posible caso de autoría mediata. Presentaré brevemente los dos casos más importantes.

a) El caso del «Rey de los gatos» (BGHSt 35, 347) ¹: en este caso tan peculiar de error de prohibición, dos personas, actuando desde detrás habían sugerido a un hombre que era necesario y estaba permitido para la salvación de la humanidad ante la amenaza de destrucción, matar a una mujer determinada, a la que en realidad querían matar por odio y celos. El afectado, creyendo que su comportamiento estaba legitimado, intentó matar a la mujer. Fue condenado por el BGH como autor de una tentativa de homicidio en error vencible de prohibición. Pero las dos personas de atrás también fueron condenadas como autores, mediatos, de una tentativa de homicidio.

El BGH no quiere admitir autoría mediata en todos los casos de aprovechamiento de un error de prohibición, sino que hace depender su apreciación «en cada caso del género y alcance del error y de la intensidad de la influencia del hombre de atrás». Autor mediato sería siempre así aquel que, «con ayuda de un error conscientemente provocado por él, origina y dirige queriendo los hechos, de forma que el que se equivoca en la valoración debe ser considerado instrumento —aunque actúe culpablemente» (cit., p. 354). En la práctica, en los casos más importantes de manipulación del ejecutor mediante la causación consciente de un error de prohibición se admite autoría mediata.

¹ Sobre el tema, *vid.* SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, pp. 153-158; KÜPER, *JZ*, 1989, pp. 617-628, 935-949; HERZBERG, *Jura*, 1990, pp. 16-26; SCHUMANN, *NStZ*, 1990, p. 32.

b) El caso del «Consejo Nacional de Defensa» (BGHSt 40, 218)²: se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonas. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

El BGH basa su fundamentación por un lado en la figura del «autor mediato por utilización de aparatos organizados de poder», desarrollada por mí ya en el año 1963³ (con ocasión del caso Eichmann). Fundamenta el dominio del hecho del oficinista* que se halla inmerso en un régimen criminal en la intercambiabilidad de los receptores de las órdenes, que, en cualquier caso, lleva a un cumplimiento automático de las órdenes, porque el hombre de atrás, a diferencia del inductor, no depende de un autor concreto. Lo afirma así el BGH: «A pesar de la responsabilidad ilimitada del ejecutor, la contribución del hombre de atrás conduce automáticamente a la realización del tipo» (cit., p. 236). Junto a ello el BGH usa

² Vid. ROXIN, JZ, 1995, p. 49; JAKOBS, NStZ, 1995, p. 26; JUNG, JuS, 1995, p. 173; SCHROEDER, JR, 1995, p. 177; GROPP, JuS, 1996, p. 13; MURMANN, GA, 1996, p. 269; OTTO, JK, 95, StGB, § 25 I/3; BLOY, GA, 1996, pp. 424, 437 y ss.

³ ROXIN, GA, 1963, pp. 193 y 207.

* La expresión «Schreibtischtäter» —que aquí se ha optado por traducir como «oficinista»— alude en el contexto de la doctrina alemana a conocidos casos de sujetos en el marco de la criminalidad de la dictadura nacional-socialista, entre otros. Su traducción como «oficinista» pretende resaltar el carácter intercambiable y fungible de su aportación (N. de la T.).

también en su fundamentación una idea desarrollada por Fr. Chr. SCHROEDER en su libro *Der Täter hinter dem Täter* (1965), según la cual el hombre de atrás tendría el dominio del hecho por «la disposición incondicionada del ejecutor inmediato a realizar el tipo» (cit., p. 236).

3. *La coautoría*

Cuando se trata de delimitar entre coautoría y cooperación la orientación del BGH a la doctrina del dominio del hecho es mucho menos marcada que para la autoría mediata. La jurisprudencia trabaja aquí con una idea denominada por mí como doctrina normativa de la combinación. Según ésta, la diferenciación de autoría y participación depende de una contemplación valorativa, para la que resultan decisivos cuatro factores: el grado de interés en el resultado, el alcance de la intervención en el hecho, el dominio del hecho o por lo menos la voluntad de dominio del hecho⁴, lo cual suena al criterio de la preponderancia del dominio del hecho, o semejantes. Pero la praxis muestra que la jurisprudencia reciente considera a menudo coautores a los intervinientes sólo por tener un interés propio en el hecho, aunque carezcan de dominio del hecho.

Esto conduce a que aportaciones preparatorias por sí mismas insignificantes sean enjuiciadas a menudo como coautoría. La sentencia del BGHSt. 37, 289 proporciona un ejemplo extremo: dos delincuentes buscados por la policía habían acordado que, dado el caso, se abrirían camino a tiros. Cuando la policía les dio el alto, A dio muerte a dos de ellos e intentó matar a otros dos, mien-

⁴ Las resoluciones correspondientes se recogen en ROXIN, en *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., 1993, § 25, núm. marg. 26, 28.

tras que B tiró la pistola y levantó las manos. B fue castigado, a pesar de ello, como coautor en los cuatro casos sólo por tomar parte en el pacto y por el apoyo psíquico que de ahí derivaba para A. La decisión ha sido rechazada de forma unánime por la doctrina⁵, pero pone de relieve que es prematuro afirmar —como se hace a veces⁶— que el debate dogmático entre jurisprudencia y doctrina se ha resuelto a favor de la doctrina del dominio del hecho. Al menos por lo que hace a la delimitación entre autoría y participación, esto todavía no sucede.

4. *La inducción*

Aquí la cuestión más importante que trata la jurisprudencia moderna es la siguiente: ¿con qué grado de precisión debe haber proyectado el hecho quien lo provoca para que se pueda hablar de inducción? ¿Basta con que A invite a B a cometer un hurto, o debe decirle qué, cuándo y dónde debe cometerlo, para que haya inducción? En la sentencia del BGHSt 35, 63 se exige que quien provoca se haya representado las circunstancias concretas (el objeto concreto, el lugar, el tiempo o circunstancias específicas reales). Pero no se dice cuáles deben ser. «Qué elementos son exigibles en cada caso como individualizadores del hecho, se trata de una determinación general-abstracta y sólo puede decidirse según las circunstancias de cada caso concreto», dice la sentencia (cit., p. 67).

No me parece correcto; por el contrario, entiendo⁷ que debe bastar con que el inductor haya previsto la

⁵ ROXIN, JR, 1991, p. 206; HERZBERG, JZ, 1991, p. 856; PUPPE, NStZ, 1991, p. 571; ERB, JuS, 1992, p. 197.

⁶ Por ejemplo, por KÜPPER, GA, 1986, pp. 437 y ss. (449).

⁷ Más en detalle, JZ, 1986, p. 908; *Leipziger Kommentar* [nota 4], § 26, núm. marg. 57.

dimensión del injusto, esto es, la clase y manera del ataque y la cuantía aproximada de los daños. Yo admitiría una inducción al robo cuando alguien exhorta con éxito a otro a conseguir los 10.000 marcos alemanes que necesita asaltando un banco. Qué banco será asaltado o cuándo sucederá, es algo que, en mi opinión, no necesita saberlo el inductor. Estas cuestiones son todavía objeto de una discusión no cerrada.

5. *La complicidad*

También en este ámbito la determinación del dolo de cómplice es objeto de nuevas resoluciones. En la sentencia del BGHSt 42, 136⁸, el último caso de este género, un experto, estando de acuerdo en secreto con el autor, había hecho un informe sobre una colección de joyas, atribuyéndoles un valor diez veces superior al real. Con razón sospechaba que el autor quería utilizar la valoración para cometer una estafa, pero no supo nada más. El BGH apreció complicidad en la estafa con dolo eventual, considerando suficiente —de forma distinta que en la inducción pero de acuerdo con mi opinión defendida para ésta— que el cómplice previera la dimensión del injusto, es decir, el daño aproximado que se causaría con ayuda de su informe. En la conclusión no resulta correcto, pero pienso que para la complicidad deben bastar cosas distintas que para la inducción, sobre todo cuando el cómplice conoce sólo el tipo que el autor quiere realizar. Si A pone a disposición de B una llave para robar, debe ser considerado cómplice, incluso aunque A no sepa nada sobre la clase de robo y los daños. También esta es un cuestión en la que la discusión alemana está todavía necesitada de aclaración.

⁸ Con anotación de ROXIN, en *JZ*, 1997, p. 210.

III. LA DOCTRINA

1. *Las cuestiones fundamentales de la delimitación entre autoría y participación*

a) La delimitación entre autoría y participación se lleva a cabo, según la opinión absolutamente dominante en la bibliografía alemana, con ayuda de la doctrina del dominio del hecho. Se están produciendo, sin embargo, algunas variaciones en la discusión. Mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), cuya 6.^a edición apareció en 1994 y se ha publicado este año en lengua española, mientras ya me estoy ocupando de la revisión para la 7.^a edición *, ha provocado que durante veinte años en Alemania —a excepción de un corto escrito didáctico de HERZBERG, del año 1977— no apareciera ninguna otra monografía sobre autoría y participación. Desde entonces, sin embargo, han aparecido nueve libros nuevos que se ocupan de reflexionar sobre las cuestiones fundamentales de la autoría y participación. Los cito por orden de aparición:

M.-K. MEYER, *Des Ausschluss der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, 1984.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988.

* Publicada en 1999. (N. de la T.).

DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en Derecho penal*, 1991 (un libro español, pero implicado en la discusión alemana).

BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft in Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, 1993.

SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994.

RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

b) Los autores de estos libros son catedráticos o están a punto de serlo. No se trata de escritos menores, sino de obras que deben leerse si se quiere conocer el estado de la cuestión. El tiempo no me permite exponerles su contenido siquiera brevemente. Resumiendo, se puede decir que todos ellos —con la única excepción de STEIN— permanecen en el ámbito de la doctrina del dominio del hecho, por lo que, aun aportando cosas interesantes, no ofrecen nada nuevo en lo fundamental. BLOY y BOTTKE desarrollan —para mi satisfacción— una doctrina del dominio del hecho semejante a la por mí defendida, pero desde un punto de partida algo distinto. MURMANN se refiere a una doctrina personal del dominio del hecho. SCHILD emprende una discusión con mi libro, pero sin formular —como él mismo reconoce (p. 47)— una consideración crítica a la doctrina del dominio del hecho. Y también RENZIKOWSKI, en la obra más moderna sobre nuestro tema, intenta sólo una —como él la denomina (pp. 34, 77)— «reformulación de la doctrina del dominio del hecho», recurriendo a la prohibición de regreso y a la idea de autonomía, puntos de vista conocidos en la historia de las ideas. También aquellos autores que, como MEYER con la «autonomía», o como SCHUMANN con el «principio de autorresponsabilidad», se

sitúan en el centro de la delimitación, plantean las cosas con criterios muy próximos a la doctrina del dominio del hecho, porque la autonomía o la autorresponsabilidad de uno de los ejecutores es la que regularmente excluye del dominio del hecho a otros intervinientes.

c) Las posiciones se mueven, por lo general, en un marco establecido por la doctrina del dominio del hecho, llenando los espacios de interpretación que deja este marco. Se plantean así, ante todo, dos divergencias que generan una discusión de carácter más fundamental. Primero se encuentran los defensores de un concepto de dominio del hecho orientado normativamente, que se oponen a quienes destacan las relaciones materiales de dominio. Así, por ejemplo, afirma JAKOBS⁹ que el «dominio del hecho», que él también reconoce en su significado, «acaba determinándose en la doctrina... de forma demasiado naturalística (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como base para la competencia)», mientras que RENZIKOWSKI (p. 80), como representante de la posición contraria, le opone que «una dogmática jurídico-penal de carácter normativo sin relación con los hechos queda suspendida en el aire». Existe también una discrepancia entre ciertas opiniones que con ayuda de la idea de autonomía rechaza el autor detrás del autor, porque tras un autor autorresponsable no cabe ningún otro dominio del hecho, mientras que otra doctrina, como la que yo defiendo y sostiene ahora la jurisprudencia, reconoce distintas formas de aparición del dominio del hecho y simultáneamente la posibilidad de apreciarlo de forma escalonada.

d) Sólo STEIN escoge un enfoque básicamente distinto en su «doctrina de las formas de participación».

⁹ JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, pp. 22/33.

Distingue entre autor, inductor y cómplice no según la dominación o no dominación de la realización del hecho que conduce al resultado, sino según las distintas «normas de conducta» que ellos infringen. Estas normas de conducta serían diferentes en cuanto a su «perentoriedad», de manera que serían para el partícipe menos perentorias que para el autor, porque el deber impuesto al autor para evitar la lesión de un bien jurídico establece un «muro de protección» para el objeto del bien jurídico (aquí y en lo sucesivo, pp. 241-243). Ciertamente la norma de conducta del inductor, como muestra ya su sanción como al autor, está dotada de la misma perentoriedad que la norma de conducta del autor. Esto es así porque el inductor menoscaba la motivación de fidelidad al derecho del autor y así «socava» el muro protector del bien jurídico.

Las consecuencias prácticas de esta interpretación son muy próximas a las de la doctrina del dominio del hecho; pues el «muro de protección» que circunda al autor no es nada distinto de su dominio sobre los sucesos. El libro, erudito e inteligente, aparte de esto, sólo ha encontrado rechazo ¹⁰. También yo entiendo que no se pueden reducir las formas de participación a una infracción de normas de conducta, o al respectivo desvalor de acción, porque autoría es realización del tipo y el resultado pertenece al tipo. Las diferencias de comportamiento sólo pueden tener relevancia en las formas de participación en la medida en que repercuten en la realización del tipo. Para ello es más adecuado el principio del dominio del hecho que una «doctrina de normas de conducta» desprendida del resultado. Tampoco parece plausible la idea

¹⁰ La crítica más extensa es formulada por KÜPER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 445 y ss. Cfr. también LESCH, *Das Problem des sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 224 y ss.; RENZIKOWSKI, cit., p. 246.

de que la distinta perentoriedad de las normas de conducta haya de trazar la delimitación entre autoría y participación, pues, aparte de que de la conminación penal en la autoría e inducción no cabe derivar una perentoriedad distinta, las normas sólo pueden prohibir u ordenar algo, y no permitir un más o un menos. Su mandato, sin más, rige; y no es adecuado a una graduación de la perentoriedad. Lo único que es distinto es el merecimiento de pena de cada infracción de la norma, y de ahí (no por razones distintas de la intensidad de la norma) deriva la diversidad en la dimensión de la pena.

e) Permítanme echar una ojeada a los Manuales del último año. KÜHL y GROPP defienden con firmeza la doctrina del dominio del hecho. KÜHL¹¹ dice así: «En un Derecho penal del hecho el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado para la determinación de la autoría». Acepta también las figuras creadas por mí de dominio de la acción, dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho. Lo mismo efectúa GROPP¹², quien incluso reduce a esta sistematización la «fuerza atractiva de la doctrina del dominio del hecho». KÖHLER, por el contrario¹³, no puede mostrarse partidario con estas denominadas por él «fórmulas descriptivas». Recurre a la llamada doctrina de la totalidad de SCHMIDHÄUSER¹⁴, que efectúa una valoración ponderada de todos los momentos de la situación fáctica y los convierte en objeto de valoración; pero que, a causa de la inseguridad de los resultados, apenas ha encontrado

¹¹ KÜHL, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1997, § 20, núm. marginal 29, y para las formas de autoría, núm. marg. 27 y ss.

¹² GROPP, *Allgemeiner Teil*, 1998, § 10, núm. marg. 38.

¹³ KÖHLER, *Allgemeiner Teil*, 1997, p. 497, y sobre la doctrina de la totalidad, p. 499.

¹⁴ SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., 1975, pp. 10/8 y ss., 163 y ss., 168.

seguidores. Para la coautoría KÖHLER, a pesar de su crítica al dominio funcional del hecho, llega a conclusiones muy parecidas a las mías, cuando afirma ¹⁵: «Coautor es quien realiza el hecho juntamente con otro, de mutuo acuerdo a través de aportaciones similares», mientras que para la autoría mediata es el único en la doctrina alemana que deja un espacio muy reducido, apreciando inducción en los casos de coacciones, utilización de un inimputable o de quien obra en error de prohibición ¹⁶.

2. Cuestiones particulares

Deseo finalmente hacer referencia a algunas cuestiones que en la doctrina de los últimos años han suscitado especial atención. La limitación de tiempo no me permite un exposición más detallada de los problemas, pero deben tratarse al menos algunos puntos fundamentales para suscitar el debate.

a) Autoría inmediata

Es prácticamente indiscutida la autoría de quien lleva a cabo el tipo de propia mano, dolosa y responsablemente. Sólo SCHILD ¹⁷ ha desarrollado recientemente la idea de que un rol social de sirviente del ejecutor puede convertirle en cómplice. El camarero que sirve una comida envenenada por el cocinero, sabiendo que lo es, será sólo cómplice. En cambio, sería autor si sirve la comida una persona distinta que la designada

¹⁵ KÖHLER [n. 13], p. 513.

¹⁶ KÖHLER [n. 13], pp. 509 y ss.

¹⁷ SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 45-46.

por el cocinero. No resulta una idea muy clara ¹⁸, pues de una forma u otra está en manos del camarero decidir si mata a alguien y, en su caso, a quién. El homicidio de un comensal se halla, en cualquier caso, muy lejos del rol social de un camarero.

b) Autoría mediata

Aquí el debate suscitado por la jurisprudencia reciente se centra en el tema del «autor detrás del autor». El dominio de organizaciones como caso de autoría mediata se ha impuesto en la jurisprudencia alemana, pero en la doctrina, si bien encuentra fuertes defensores, tiene también considerables adversarios. Para nombrar sólo a dos aquí presentes: JAKOBS ¹⁹, quien considera que en estos casos hay coautoría, mientras que KÖHLER ²⁰ defiende la inducción. Trataré más en detalle sobre el tema en el mes de julio en Huelva, hoy sólo lo voy a abordar brevemente *. No veo en esas alternativas ninguna solución correcta: no puede existir coautoría porque los que dan las órdenes y el ejecutor ni se conocen y en modo alguno se hallan entrelazadas sus acciones; la orden sólo tiene la función de desencadenar la acción típica. Tampoco es la inducción la figura jurídica correcta, porque el efecto de bloqueo de una decisión autóno-

¹⁸ Correctamente, RENZIKOWSKI, cit., pp. 23 y ss.

¹⁹ JAKOBS, *NSiZ*, 1995, p. 26.

²⁰ KÖHLER [n. 13], p. 510. HERZBERG defiende también la solución de la inducción en una ponencia presentada en unas jornadas sobre el problema de la punibilidad en el marco de estructuras jerárquicas, que tuvo lugar en septiembre de 1997 en Moritzburg; la ponencia todavía no ha sido publicada.

* Ha sido publicado, con el título «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» en FERRÉ/ANARTE (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 191 y ss. (N. de la T.).

ma del autor, que excluye la autoría de quien meramente provoca, no puede alterar el rumbo del resultado típico hacia el autor oficinista que obra en el marco de organizaciones delictivas. Pero sobre esto hay mucho que discutir.

c) Coautoría

La mayoría de los nuevos desarrollos y puntos polémicos se produce en el ámbito de la coautoría. Mencionaré brevemente cuatro.

Primero: DÍAZ Y GARCÍA ²¹ ha propuesto una nueva concepción de la coautoría, que también ha llamado la atención en Alemania. DÍAZ sostiene, en contra de mi doctrina del «dominio funcional del hecho», que aquel que no realiza la acción típica por sí mismo, por ejemplo, sujetando a la víctima para que otro pueda apuñalarla, sólo ejercita un «dominio negativo del hecho». Permaneciendo inactivo (o sea, sin sujetar a la víctima) podría hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto sólo lo hace quien da los golpes y con ello ejercita el «dominio positivo del hecho». Quiere restringir la coautoría al dominio del hecho positivo, que existiría, por ejemplo, cuando tres autores pegan tres puñaladas a la víctima que sólo juntas producen la muerte. Además, entiende DÍAZ que la deseada restricción de la coautoría al estadio de la ejecución no podría efectuarse desde el criterio del dominio funcional del hecho, pues también una aportación necesaria en el ámbito de la preparación puede ser decisiva para el éxito del plan.

A la última objeción habría que contestar que quien prepara, incluso si realiza una aportación insustituible,

²¹ DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 691 y ss.

suelta de su mano el hecho y no puede entonces co-dominarlo, en tanto que entrega a otros la ejecución. Un co-dominio de la realización del tipo sólo es posible mediante una división del trabajo en el estadio de la ejecución.

Por lo demás, me da la impresión de que la interpretación de DÍAZ restringe de forma excesiva la coautoría, porque la contribución «positiva» a la acción típica, como él la entiende, será ya por sí misma una autoría inmediata (por ejemplo, si varias personas según un plan conjunto toman cosas con intención de hurtar), por lo que en la práctica los casos más significativos son precisamente aquellos que DÍAZ excluiría de la coautoría como constelaciones de dominio negativo.

Además, trazar la distinción entre dominio positivo y negativo, como lo hace DÍAZ, no cuadra con la estructura del dominio funcional. Pues —para seguir con el ejemplo de la puñalada— el que sujeta realiza, al «disponer» a la víctima, una aportación tan «positiva» a la realización del tipo, como el que acuchilla. La no realización de esta aportación haría fracasar el plan: es sólo la cara «negativa» del co-dominio positivo. El co-dominio no está estructurado de forma distinta para quien da la puñalada por sí mismo: también para él es el reverso de su contribución en el hecho, cuya omisión haría fracasar el plan. La distinción propuesta no puede fundamentar una distinta valoración de la contribución en el hecho. Tanto si el coautor agarra a la víctima para que sea posible la puñalada mortal, como si asesta él mismo una que junto con otras produce el resultado, dependen en ambos casos los intervinientes unos de otros de forma intercambiable y co-dominan el acontecimiento con su hacer «positivo».

Segundo: JAKOBS²², como también sus discípulos DERKSEN²³ y LESCH²⁴, quieren renunciar a la exigencia de decisión conjunta en la coautoría y «considerar suficiente una decisión de ajustarse [*“Einpassungsent-schluss”*]..., con la que quien no es ejecutor inmediato pero contribuye a la configuración enlaza su contribución con el hacer del ejecutor». Si A impide la intervención de un policía decidido a evitar un atraco, sería coautor, incluso aunque el ladrón no se hubiera percatado de esta contribución. Tampoco en el caso mencionado de dominio de organizaciones impediría apreciar coautoría la circunstancia de que quien actúa no supiera nada del otro.

Fuera de la escuela de JAKOBS esta doctrina no ha encontrado hasta el momento aceptación²⁵. Tiene algo a favor, pero, como muestran los casos de dominio de organizaciones, encierra el peligro de una ampliación excesiva de la coautoría. Tampoco se adapta a las previsiones del legislador, pues el actuar unilateral, del que el otro nada sabe, difícilmente se puede considerar como la «ejecución conjunta» que exige el legislador. KÖHLER²⁶ opina que esta doctrina «cae incluso más allá del finalismo y en la práctica difumina las fronteras de la complicidad».

Tercero: el principal punto de discusión en materia de coautoría sigue siendo la cuestión de si actos preparatorios pueden fundamentar coautoría. Así lo considera la jurisprudencia, y ya he expuesto que, ocasionalmente,

²² JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, pp. 21/43; *NStZ*, 1995, p. 26.

²³ DERKSEN, *GA*, 1993, pp. 163 y ss.

²⁴ LESCH, *ZStW*, 105 (1993), pp. 271 y ss.

²⁵ Una crítica en KÜPPER, *ZStW*, 105 (1993), p. 295.

²⁶ KÖHLER [n. 13], p. 516, núm. marg. 71.

considera suficientes incluso actos preparatorios mínimos y alejados. También defensores de la doctrina del dominio del hecho, como STRATENWERTH²⁷ o JAKOBS²⁸, son partidarios de considerar suficientes los actos preparatorios para la coautoría, cuando co-configuran la ejecución.

Por el contrario, una interpretación estricta, que también yo defiendo, exige para la coautoría una contribución esencial en el estadio de la ejecución. Fuera de los casos de autoría mediata, a los que ahora no me refiero, no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de rango y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría. Pero la interpretación que yo defiendo, aunque va ganando terreno, sigue siendo minoritaria. Recientemente ha sido defendida por STEIN²⁹ y KÖHLER³⁰ y en el año 1995 fue expuesta sintéticamente en la ZStW³¹ por ZIESCHANG, asistente en la Universidad de Colonia.

Cuarto: el punto más interesante en el ámbito de la coautoría es el imparable avance de la coautoría culposa. Hasta hace pocos años la opinión absolutamente dominante en la doctrina alemana era la de que en los delitos imprudentes regía un concepto unitario de autor, de modo que en caso de varios ejecutores imprudentes sólo se planteaba una autoría accesoria. Hoy numerosos autores se manifiestan a favor de la coautoría imprudente,

²⁷ STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1981, núm. marg. 824.

²⁸ JAKOBS [n. 9], pp. 21/48.

²⁹ STEIN, cit., pp. 319 y ss.

³⁰ KÖHLER [n. 13], p. 516.

³¹ Vol. 107, p. 361.

que en lo más fundamental ha sido elaborado en el escrito de habilitación de RENZIKOWSKI y en un trabajo de Bettina WEISSER sobre decisiones colegiadas³². También hay que citar la habilitación de Simone KAMM, «La coautoría imprudente», recientemente aparecida.

La razón del ascenso de esta figura se halla en el problema últimamente de actualidad que plantean las decisiones colegiadas, que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos contra el medio ambiente. En estas decisiones la causalidad de cada uno, no determinante para la decisión, plantea ciertos problemas, cuando la decisión da lugar a la realización imprudente del tipo. Si todos los votantes son considerados coautores, a cada uno se le imputará la aportación de los otros, y la causalidad de la acción conjunta es constatable sin problemas.

La posibilidad de coautoría imprudente debe considerarse muy en serio. Para ello debería construirse en los delitos imprudentes un concepto de «ejecución conjunta» independiente, distinto del formulado para la coautoría en los delitos dolosos. Dogmáticamente es admisible y posible. Si resulta aceptable, dependerá de que se consiga elaborar un concepto suficientemente preciso de hacer conjunto [*Gemeinschaftlichkeit*] en los delitos imprudentes. Evidentemente, no se trata de renunciar a la prueba de la causalidad de un comportamiento imprudente sólo porque varias personas se comporten de manera imprudente.

³² WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1995, pp. 194 y ss. De la misma: «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?», *JZ*, 1998, p. 230.

d) Participación

En el amplio ámbito de la participación sólo quiero hacer referencia a un problema que, junto a las resoluciones citadas relativas a la determinación del dolo del partícipe, han dado lugar en los últimos años a una viva polémica: la cuestión de si las denominadas acciones neutrales o acciones cotidianas resultan punibles como complicidad o, por el contrario, son impunes.

Sobre el tema hay abundante bibliografía³³, con distintas conclusiones. El tiempo no me permite entrar en la discusión y exponer detalladamente mi opinión³⁴. Pero al menos quiero explicar por dónde va. ¿Puede castigarse como cómplice a quien vende en un comercio un destornillador sabiendo claramente que el comprador lo quiere para cometer un robo? Pienso que sí, pero JAKOBS³⁵, por ejemplo, discute esta conclusión y pretende dejar impune al panadero que, conociendo todas las circunstancias, vende al asesino el panecillo que será envenenado y producirá la muerte a la víctima³⁶.

No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano. Sin embargo, tampoco pretendo san-

³³ Monografías sobre el tema: WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgzurechnung*, 1995; SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995; WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996. Artículos: MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, pp. 282 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW*, 107 (1995), pp. 507 y ss.; RANSIEK, *wistra*, 1997, pp. 41 y ss.; TAG, *JR*, 1997, pp. 49 y ss.; WEIGEND, *Nishihara-FS*, vol. V, 1998, pp. 197 y ss.

³⁴ ROXIN [n. 4], § 27, núm. marg. 16-22.

³⁵ JAKOBS, *ZStW*, 89 (1997), p. 20.

³⁶ JAKOBS, *Allgemeiner Teil* [n. 9], pp. 24/17.

cionar cualquier favorecimiento de actividades delictivas. Si mis ayudantes me ayudan en los manuales, aunque sepan que oculto los honorarios a Hacienda, no incurren todavía en complicidad en un delito fiscal. Falta aquí la relación de sentido de carácter delictivo, ya que la actividad del ayudante es legítima con independencia de que el Catedrático tribute o no por sus honorarios. En cambio, la finalidad delictiva está en primer plano en los casos del destornillador y del panecillo. Se trata sólo de ideas sobre las que sin duda será provechoso discutir.

Con ello acabo mi apretada presentación. Espero que haya podido mostrar cómo en el ámbito de la autoría y de la participación hay todavía muchas cuestiones pendientes.

VI. INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES

Jesús-María Silva Sánchez

I. LO NORMATIVO Y LO EMPÍRICO EN EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR FRISCH

1. Una pregunta de SILVA SÁNCHEZ sobre los criterios de delimitación entre el riesgo permitido y la creación de un peligro jurídicamente desaprobado da pie a que FRISCH empiece por subrayar la permanente concreción en que se mueve el criterio del «riesgo desaprobado», como también ha sucedido siempre con la idea de infracción del deber de cuidado, propia de la dogmática tradicional de la imprudencia. A su juicio, se trata aquí de un problema material no resuelto, por mucho que, a veces, mediante el recurso a etiquetas naturalistas, se pretenda aparentar que se ha alcanzado una solución. De todos modos, el problema material se halla vinculado a un problema metodológico, a saber, la incapacidad de la doctrina de elaborar principios comunes a la amplia multiplicidad de casos que se suscitan; los autores, en efecto, se han contentado con aludir aquí a un criterio de pon-

deración de intereses que resulta abiertamente insuficiente. El problema es que, hoy por hoy, sobre el concepto de la creación de un riesgo desaprobado se proyecta ni más ni menos que la propia idea de configuración del Derecho, de las esferas de libertad recíproca de los ciudadanos y del principio de generalización. Especialmente importante, a este respecto, es que FRISCH subraye que en este ámbito se producen cambios y que no todo es racional, sino que influyen elementos de tradición («... *vollziehen sich hier auch Wandlungen und man muß sehen, daß nicht alles in diesem Bereich ist rational, sondern vieles ist traditionell gewachsen*»).

2. En cuanto a la cuestión de la incidencia de normas extrapenales sobre la determinación de las fronteras del riesgo jurídicamente desaprobado, a la que también había aludido SILVA, FRISCH distingue el plano fáctico y el plano valorativo. En el primero, le parece claro que el Estado, a la hora de configurar el límite entre riesgo desaprobado y riesgo permitido a fin de ejercer su *ius puniendi*, está procediendo a ceder terreno a normas extrapenales o, sencillamente, a estados de cosas prejurídicos (técnicos: *lex artis*, normas DIN, etc.). En el segundo plano, le resulta muy llamativa la teoría del Estado que subyace a ese fenómeno: en concreto, que el Estado retroceda, ante su imposibilidad de abordar un fenómeno en toda su complejidad, y admita la posibilidad de que sean los propios círculos de interesados los que desarrollen la solución razonable en cada caso, con eficacia en el plano del injusto penal. Ello no le parece cuestionable salvo en el caso en que quienes elaboren los criterios de referencia sean órganos sin representación paritaria. Aunque admite que sobre este punto ha de proseguir la discusión, y estima posible que haya quien sostenga que los criterios elaborados por los intervinientes en un

determinado sector de actividad han de tener relevancia sólo en el ámbito de la culpabilidad.

3. La intervención de FRISCH da pie a que JAKOBS subraye la función de la teoría de la imputación objetiva: crear espacios de libertad de acción jurídicamente reconocida. Pero ello, en términos que no siempre responden a un cálculo racional, sino que se asientan en puras razones históricas. Esta libertad que ha de ser favorecida es, ante todo, la que se expresa en contactos sociales anónimos. Para ello, sin embargo, es preciso recurrir a estándares. Socialmente no cabe esperar más que el cumplimiento de estándares, de modo que quien cumple con el estándar no puede ser sometido a responsabilidad. Otra cosa es que quien incumple el estándar pueda, en todo caso, verse exento de responsabilidad por falta de culpabilidad. Ahora bien, el recurso a estándares pone de relieve que, de este modo, se abandona el mundo físico o individual, para entrar en el mundo social o de la comunicación. Es en éste en el que surge el significado que ha de tener un determinado comportamiento («*Wir müssen also fragen, was ein bestimmtes Verhalten bedeutet, und das entscheidet die Gesellschaft ganz einfach*»). Las reglas con arreglo a las cuales ello tiene lugar son, en parte, jurídicas (así, por ejemplo, en el tráfico rodado), pero, en muchos ámbitos, proceden de la propia estructura social. Por eso, es normal que resulten imprecisas, como también lo son los márgenes de la sociedad. El que pretenda llegar y elaborar una teoría de la imputación exacta como la tabla de multiplicar, sin duda habrá elaborado una teoría de la imputación absolutamente errónea: «*was keine Grauzonen kennt, kann nicht Gesellschaft sein*».

4. Así las cosas, de lo anterior se desprende para JAKOBS que en la imputación es preciso prescindir de cualquier conocimiento especial (*Sonderwissen*). A diferencia de FRISCH, quien, asumiendo críticas de Armin

KAUFMANN o STRUENSEE, admite que lo que el sujeto sepa tiene relevancia aunque sea en el marco de un juicio objetivo, para JAKOBS lo que el sujeto concreto sepa es por completo irrelevante: lo decisivo es lo que ha de saber y sabe un hombre estándar (*Rollenträger, objektive Maßstabsperson*) en la respectiva situación.

5. Una última observación de JAKOBS se refiere críticamente a la relevancia que, según FRISCH, ha de tener el «comportamiento alternativo adecuado a Derecho» en cuanto a la imputación del resultado. A juicio de JAKOBS, dicho criterio puede ser correcto en algunos casos, pero no puede aplicarse cuando lo que hace el agente es sustituir un riesgo por otro: así, el médico que, mediante la prescripción errónea de un medicamento, provoca que un paciente muera seis meses después, aunque se determina que, de todos modos, el paciente habría muerto por esas mismas fechas a causa de una patología principal no detectada. Lo cierto es que el paciente ha muerto por el medicamento y no por la enfermedad. Y si uno y otro riesgo estuvieran cubiertos por compañías de seguros distintas, la aseguradora de la patología principal se cuidaría muy mucho de indemnizar por la muerte producida por el medicamento.

6. En su respuesta, FRISCH señala que, en lo que hace a la cuestión de la relevancia del *rol* o estándar social en la teoría de la imputación, no cree que la discrepancia sea tan grande. En su opinión, existen ámbitos en los que ciertamente contemplamos al individuo como «portador de un *rol*» (*Rollenträger*), pues la realidad está hiperregulada. Pero hay otros en los que no existe nada que pueda caracterizarse como *rol*, pues faltan en ellos regulaciones jurídicas e incluso posiblemente también regulaciones sociales claras. Entre unos y otros ámbitos existe un *continuum*. Más dificultades para la coincidencia aprecia FRISCH, en cambio, en lo relativo a la relevancia

de los conocimientos especiales. Desde luego, entiende que los conocimientos especiales han de tener repercusión en la responsabilidad del sujeto cuando la relación social de que se trata se mueve al margen de *roles* regulados de modo preciso: así, en el caso del padre que embarca a su hijo en un avión, pese a haber oído a miembros de la tripulación que éste no funciona del todo bien, siendo así que se estrella. La cuestión es si debe ocurrir lo mismo en sectores sometidos a una precisa predeterminación de *roles*; y, a juicio de FRISCH, también aquí es necesario discutir si la estandarización producida vale sólo como criterio general, que, sin embargo, podría ceder en el caso concreto, si efectivamente el sujeto supiera más de lo establecido en el estándar. Se trata aquí, señala FRISCH, del concepto de Derecho que cada uno tenga; y el suyo da pie a reticencias sobre la irrelevancia de los conocimientos especiales aun en estos casos. Un punto de vista que luego acogería KÖHLER desde la perspectiva de que el Derecho viene constituido no por la sociedad, sino por la interacción de sujetos libres en una comunidad. Lo que, además, le lleva a este último a concluir que estos problemas no son de imputación objetiva, sino de *imputatio*, en el sentido de imputación subjetiva.

8. En su intervención, ROXIN, tras subrayar su coincidencia general con las observaciones de FRISCH y JAKOBS, pone de manifiesto la novedad radical que ha supuesto la teoría de la imputación objetiva: qué sea una acción de homicidio, no nos viene previamente dado en el plano empírico, sino que se constituye por el Derecho («... *was die Rechtsordnung anhand von objektiven Kriterien an Risiken noch erlaubt, und was sie nicht erlaubt*»). La cuestión de si se da o no una acción de homicidio es, pues, una cuestión de consenso social, en última instancia una cuestión de la medida de libertad

que la sociedad concede al individuo. En esa cuestión entran en juego aportaciones de las ciencias empíricas, así como representaciones valorativas de base histórica. Así las cosas, la existencia de una cierta inseguridad en los límites no constituye un defecto, sino que pertenece a la naturaleza de las cosas y, además, conlleva una ventaja. La ventaja básica de este planteamiento le parece obvia: la dogmática jurídico-penal no está para eliminar el problema decisivo mediante el recurso a pretendidas leyes del ser, sino precisamente para hacer patente el referido problema.

9. Una pregunta de la magistrada Ana INGELMO relativa a la necesidad del recurso a la imputación objetiva en los delitos dolosos, permite a FRISCH explicitar su punto de vista al respecto. A su entender, también en el delito doloso lo objetivo es algo más que un proceso causal. Así pues, si un sujeto no ha desbordado objetivamente la esfera del Derecho, desde el punto de vista de la libertad, no hay injusto. En tal caso, las malas intenciones pueden servir para la calificación moral del hecho, pero no para determinar que éste tenga nada que ver con una vulneración del Derecho. Cuestión distinta es que, en términos prácticos, en muchos casos pueda tener sentido empezar el análisis del hecho por lo subjetivo, de modo que, si falta el dolo, ya no tenga sentido cuestionar la existencia de una creación de riesgo desaprobado. Pero eso es una cuestión pragmática que no afecta al concepto de injusto.

10. SCHÜNEMANN interviene, entonces, para despejar el, a su juicio, malentendido de que la aportación de la moderna doctrina alemana haya sido sustituir la denostada falacia naturalista por una falacia normativista. A su entender, es necesario no hablar de la imputación objetiva a un nivel de abstracción tal que, al final, en él todo queda en mera literatura y no se discute sobre las consecuencias prácticas de los conceptos concretos. La cues-

ción de los conocimientos especiales sí es un problema concreto. Y en ese punto ha de discrepar radicalmente de JAKOBS. Ciertamente, el proceso de estandarización es muy importante, pues influye sobre los deberes de información que tienen los sujetos intervinientes en una relación social. Ningún jugador de rugby tiene que preocuparse de informarse sobre si un jugador del equipo contrario es hemofílico. Pero si resulta que lo es, y el contrincante lo sabe, entonces opera el principio *neminem laede* y no podría extraerse de un concepto comunicativo de la sociedad la idea de que éste puede lesionar a aquél mediante un golpe. En definitiva, la sociedad se reconstruye mediante un discurso racional de constitución del Derecho según el modelo de la ponderación de intereses y en éste uno se halla vinculado por todos los datos prejurídicos, pertenecientes al mundo exterior.

11. Antes de ceder el uso de la palabra a JAKOBS, por alusiones, ROXIN, aun valorando en mucho la aportación de SCHÜNEMANN al debate, discrepa sin embargo de que lo que éste presenta como datos prejurídicos, o pertenecientes al mundo exterior, sean tales y no, en cambio, producto de decisiones sociales. En este contexto, el dato subjetivo puede desempeñar un papel, pero ciertamente no el de constituir la última instancia acerca de si se ha producido un homicidio o no. La prueba de esto se halla en los distintos cambios en cuanto de la definición de los estándares de manejo de máquinas que se van produciendo con el paso del tiempo. Lo que ayer era un riesgo permitido, puede dejar de serlo hoy. Y al final aquí hay elementos de decisionismo, se trata de decidir cuánta libertad queremos conceder al individuo.

12. JAKOBS, en su réplica a SCHÜNEMANN, admite que hay casos en los que puede pertenecer al rol del sujeto el manifestar de modo pleno su individualidad. Aquí sí que el conocimiento especial puede contribuir a deli-

mitar el deber del sujeto. Es el caso, por ejemplo, de las personas que son garantes en el seno de relaciones de estrecha vinculación y con independencia de su comportamiento. Por ejemplo, la madre con respecto al hijo. Así, la madre que, a su vez, es médico, no puede dejar de emplear sus conocimientos como médico en su intervención si el niño se está desangrando. Pero éste no es el caso normal. En el caso normal la libertad se basa precisamente en la separación de *roles*. Así, por ejemplo, si yo le vendo mi coche a mi vecino, de quien me consta que es un notorio conductor alcohólico, no me concierne en absoluto lo que pase con el coche. En cuanto al caso del jugador de rugby, el que se dedica a jugar al rugby siendo hemofílico, éste y no otro es el que tiene que soportar las consecuencias que de ello resulten.

13. En este punto, PEÑARANDA introduce el ejemplo del ingeniero que conoce, por su profesión, que el coche que ha alquilado tiene un fallo en los frenos, y no obstante lo devuelve sin advertírsele a la empresa de alquiler. FRISCH alude, entonces, a las posibilidades que en este ámbito puede tener el delito de omisión del deber de socorro. En efecto, a su juicio muchos de estos casos podrían resolverse por la vía de entender que el sujeto en cuestión ha infringido deberes de solidaridad general con los demás, los cuales habrían de tener la sanción correspondiente.

14. MIR plantea en este punto la necesidad de que en la imputación «objetiva» se tenga en cuenta tanto lo objetivo, como lo subjetivo. A su juicio, el significado social depende también de cuál sea la realidad subjetiva; y también las realidades empíricas son tenidas en cuenta por parte de la sociedad a la hora de autoconfigurarse. Por su parte, ROXIN, al tomar de nuevo la palabra, le da la razón al análisis efectuado por MIR. En el debate sobre el caso del jugador de rugby, a juicio de ROXIN, la razón

les asiste a medias a JAKOBS y a SCHÜNEMANN. Pero, en última instancia, el propio ROXIN se inclinaría por la solución de SCHÜNEMANN. Si yo sé que en el equipo contrario juega un hemofílico, debo darlo a conocer y negarme a jugar contra él; y si no lo hago, respondo. Pero, a diferencia de SCHÜNEMANN, ROXIN afirma que ésta no es una decisión empíricamente en cierta medida autoevidente, sino que es un juicio valorativo, normativo, político-criminal. De tal juicio, se deriva que lo que el sujeto conozca, es relevante. Ahora bien, en qué medida lo sea, es de nuevo una cuestión de valoración político-criminal. En la línea de MIR, concluye que el objeto ha de ser valorado, pero la valoración influye a su vez sobre el objeto. En concreto: *«die rechtlichen Wertungen beruhen auf vorgegebenen Sachunterschieden im Rechtsstoff, der also nicht ganz irrelevant ist, wie Herr Jakobs geneigt ist, anzunehmen, wie weit aber die objektiv vorgegebenen Unterschiede die Wertung beeinflussen, daß ist wiederum eine Sache kriminalpolitischer Entscheidung, und ich glaube, daß das immerhin methodologisch eine diskussionswürdige These ist»*¹.

II. IMPRUDENCIA INCONSCIENTE Y DECISIÓN EN CONTRA DEL DERECHO. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR KÖHLER

1. El comienzo de la discusión se halla marcado por un enfrentamiento entre JAKOBS y KÖHLER sobre la inter-

¹ «Las valoraciones jurídicas se basan en diferencias objetivas en la materia jurídica, la cual, por tanto, no es por completo irrelevante, como JAKOBS tiende a pensar; ahora bien, hasta dónde se ve influida la valoración por las diferencias objetivas preexistentes, ésa es de nuevo un cuestión de decisión político-criminal, y por mi parte creo que ésta es por lo menos metodológicamente una tesis que merece discusión.»

pretación que debe darse a ciertos pasajes de HEGEL. Dentro de ese marco general, y entrando ya en el contenido jurídico-penal de la ponencia, el objeto fundamental de debate es la cuestión relativa a la relevancia o irrelevancia jurídico-penal de la imprudencia inconsciente. JAKOBS critica, en este sentido, la idea de «negación consciente de la norma» de la que se ha servido KÖHLER para caracterizar la esencia del ilícito penal. La conciencia es, según JAKOBS, algo diferente para cada uno. Si las conciencias han de ponerse en relación, entonces debe pensarse en un sistema que las vincule. Ahora bien, en ese sistema no se mostrarán las conciencias como tales; éstas sólo se manifiestan en la autoconciencia. En el referido sistema de vinculación, las conciencias, si aparecen, han de ser reconstruidas por contra como prestación del sistema, de modo que es la sociedad, la comunicación, la que genera las personas. Si la sociedad precisa de una estabilización, entonces no es imaginable que el individuo se mueva con absoluta libertad. A la persona se le reconoce, por el contrario, sólo la libertad que es el sinálgama del deber de soportar ciertos costes, de ser fiel al Derecho. En este marco, tienen pleno sentido conceptos como los de cognoscibilidad y evitabilidad y resulta perfectamente posible la imprudencia inconsciente.

2. A juicio de KÖHLER, la cuestión suscitada es crucial y se refiere a una discrepancia esencial en cuanto al entendimiento del modo en que surge la objetividad jurídica. JAKOBS partiría de la incapacidad de los sujetos para crear dicha objetividad; no admitiría que los sujetos puedan crear normas y construir la objetividad de un ordenamiento jurídico (*«Die Objektivität wird dann als Ordnung von Außen gesetzt»*). Para KÖHLER, por el contrario, debe darse un fundamento que justifique por qué el sujeto, en su relación con los demás, ha de atenerse a un cierto comportamiento. El criterio que apela a una

determinación externa (*Machtspruch, objektiver Geist*) no propociona, a su entender, dicho fundamento.

3. En su intervención, ROXIN vuelve a dar la razón a medias a los dos intervinientes. Comparte, en lo esencial, cuanto KÖHLER ha señalado en cuanto al delito doloso; lo determinante en éste es la decisión del agente contra el Derecho. Ahora bien, discrepa de KÖHLER en lo relativo a la imprudencia. Sea cual fuere la interpretación correcta de HEGEL, lo cierto es que el sentido común, accesible a cualquier lego en Derecho, conduce a pensar que la imprudencia inconsciente, el no reparar en el peligro, el olvido, también ha de ser un título de responsabilidad. Distinta es la cuestión relativa a la imprudencia insignificante, que puede ser desde luego consciente o inconsciente. Tal como el hombre está configurado, como ente psicofísico, no puede permanecer toda su vida en estado de tensión. Por tanto, las pequeñas imprudencias que resultan de esa imposibilidad no pueden ser combatidas por medios jurídico-penales (a través de la conminación penal), debiendo dejarse al ámbito de la reparación civil del daño. En todo caso, lo que pretende subrayar es que la frontera no discurre entre la imprudencia consciente y la inconsciente.

4. Tras nuevas críticas de FRISCH y de SCHÜNEMANN, todas ellas en el sentido de la imposibilidad de excluir del Derecho penal los supuestos de imprudencia inconsciente, KÖHLER procede a reiterar su punto de partida, situado en la filosofía idealista: la voluntad del sujeto es constitutiva de la norma y, por tanto, también ha de integrar el concepto de delito y de pena. ROXIN subraya entonces hasta qué punto ello conduce al punto central de discrepancia: a su juicio, la misión del Derecho penal no es ajustarse en la mayor medida posible a una determinada filosofía, sino «proteger la vida». Si esta frase es correcta, entonces debe castigarse la imprudencia

inconsciente en casos graves. Sin embargo, KÖHLER mantiene su premisa inicial: es preciso distinguir aquellos supuestos de imprudencia inconsciente en los que se aprecia una decisión previa de aquellos en los que se da sólo un fracaso momentáneo (*Augenblicksversagen*) de un sujeto, por lo demás, cuidadoso. En los casos en que sólo pudiera constatarse ese fracaso momentáneo, aunque se tratara de supuestos graves, habría que eximir de responsabilidad al agente. En este punto se suscitan nuevas críticas: así, la de LUZÓN relativa a la no menor gravedad de la lesión inconsciente con respecto a la consciente, a la vez que dirigida a poner de relieve cómo la impunidad de la imprudencia inconsciente lleva necesariamente al castigo de la creación del peligro abstracto. O preguntas como la de FEIJÓO, sobre el fenómeno de la habitualización a la conducta imprudente de modo que el sujeto acabe perdiendo toda representación del peligro en el caso.

5. FRISCH plantea en la misma línea la cuestión de con arreglo a qué criterios se determina la presencia de una decisión. Por lo demás, expresa sus dudas acerca de que los casos de descuido momentáneo no puedan expresar una imprudencia grave. La respuesta de KÖHLER se remonta de nuevo al fundamento general del Derecho penal. Éste es mucho más que un Derecho coactivo, más que la reparación del daño o cualquier medida administrativa. Implica una responsabilidad cualificada en la que se expresa una disminución del *status* del ciudadano, una *capitis deminutio*. La justificación de la sanción debe partir, entonces, de cuál es la relación recíproca fundamental entre las personas y cuál su fundamental ruptura. De ahí la necesidad del elemento de decisión. Y en lo que hace a la cuestión planteada por FRISCH, en todo caso, lo que estaría claro —sin que la doctrina dominante lo haya asumido— es que no toda

imprudencia inconsciente puede ser explicada recurriendo a una decisión consciente.

6. A juicio de ROXIN, la cuestión objeto de debate pone de relieve las diferencias entre una concepción filosófica y una concepción político-criminal del Derecho penal. Todos los intervinientes están de acuerdo en cuanto a la agudeza y la coherencia interna de la concepción filosófica idealista de KÖHLER, y él sería el último en discutirlo. Pero una concepción político-criminal es otra cosa. En ella es suficiente para la justificación de la pena el que, con la ayuda de una conminación penal dirigida contra los homicidios imprudentes, se puedan salvar vidas que, de otro modo, se perderían. No es necesaria ninguna otra fundamentación filosófica, salvo que el azar debe excluirse, esto es, que tales homicidios han de ser evitables. Mientras tanto, KÖHLER, a partir de una concepción filosófica, se esfuerza por añadir toda una serie de requisitos adicionales que, para ROXIN, son interesantes en términos filosóficos, pero irrelevantes para la política criminal.

7. KÖHLER concluye subrayando que su pretensión no es otra que reconducir la política criminal a principios de justicia. En su opinión, la política criminal no es lo primero, sino algo que debe presuponer la previa determinación de cuál es el fundamento de la justicia y cuáles los conceptos de delito y pena.

III. LA BASE EMPÍRICA EN LA CULPABILIDAD. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR SCHÜNEMANN

1. Una cuestión planteada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sobre cómo se determina la evitabilidad de un determinado hecho da pie a que SCHÜNEMANN reite-

re el eje de su ponencia: la libertad (*Willensfreiheit*) tal y como ésta aparece fundada en las estructuras lingüísticas y comunicativas de nuestra sociedad. A diferencia de lo que sostiene el concepto social de culpabilidad, no se trata aquí de una ficción, ni de que tengamos que recurrir a la comparación con un tercero para fundar la imputación de culpabilidad al sujeto. Se trata de una premisa empírica, a partir de cuyo rechazo, *ad absurdum*, no puede llegarse consecuentemente más que a un Derecho de medidas. Por lo demás, la existencia de esa base no se ve contradicha, por ejemplo, por el hecho de que la frontera de la intervención del Derecho penal de adultos se establezca en el límite de catorce años. Dicha frontera es una manifestación de la categoría de la «responsabilidad» en el sentido de ROXIN. En cambio, que también en los menores hay límites ontológicos, lo pone de relieve el hecho de que, por mucho que se incremente la criminalidad infantil y juvenil, no se puede enviar a niños de siete u ocho años a la cárcel. La cuestión de la culpabilidad tiene, pues, una base empírica, aunque no sea resoluble matemáticamente, puesto que los métodos de los psiquiatras son en parte hermenéuticos y en parte trabajan con estructuras analógicas. Pero el método es empírico. Se trata, en suma, de conceptos anclados empíricamente, lo que pone límites a la funcionalización derivada de una política criminal orientada a las necesidades del día a día. Ésa es una diferencia importante con el concepto de JAKOBS.

2. JAKOBS objeta que la cuestión no es empírica, ontológica, sino que, en todo caso, se trata de lo que la sociedad «puede permitirse», de lo que es necesario para conservar un determinado sistema comunicativo. En un marco así, la ausencia de medios de aseguramiento cognitivo conduce necesariamente a la sanción. Para ROXIN, en cambio, es necesario partir en todas estas cuestiones

de la colisión entre prevención y culpabilidad por el hecho. Esta colisión es natural, pues en la sociedad perseguimos dos fines contrapuestos: por un lado, queremos evitar delitos futuros; por otro, garantizar la libertad de las personas en una sociedad democrática. Pues bien, no se puede perseguir un fin de modo radical sin, al tiempo, poner en peligro el otro. Así, la finalidad del principio de culpabilidad es reducir la práctica de la prevención a los límites en que ésta sea compatible con la libertad del ciudadano. Según su concepción, una y otra se limitan recíprocamente, y esa recíproca limitación asegura que el Estado sea más libre.

3. SCHÜNEMANN, tomando de nuevo el ejemplo de los menores, insiste en su planteamiento. El principio de culpabilidad conecta con los datos que los psicólogos y los psiquiatras juveniles nos suministran. Si éstos señalan que, en nuestra sociedad postmoderna, a una determinada edad todavía no se ha producido la suficiente maduración del niño como para permitirle la internalización de normas, entonces el principio de culpabilidad veta la imposición de pena. Sin el principio de culpabilidad, en cambio, nada se opondría a recluir en prisión a esos sujetos.

4. JAKOBS replica que el tratamiento de niños de seis años, que son considerados en todos los contextos como algo merecedor de tutela, como responsables en un punto concreto —el Derecho penal— está, bajo cualquier concepto, absolutamente excluido en el entramado de relaciones que caracteriza la sociedad. Así pues, si cognitivamente no es posible hacer nada, en el caso de un niño de seis años, sólo queda una alternativa y desde luego ésta sería la asumida por la sociedad: a saber, explicar el suceso como una desgracia (*Unglück*). Y el mismo método se puede apreciar en los demás casos.

5. FRISCH, por su parte, sin ocultar su parcial coincidencia con SCHÜNEMANN, se muestra reticente a interpretar el «poder actuar de otro modo» como algo empírico. A su juicio, se trata de aquello que nos reconocemos recíprocamente en una comunidad de seres razonables, de aquello que debemos reconocernos. Más en concreto: evitabilidad es un predicado de disposición (*Dispositionsprädikat*). Deberíamos enunciar cuáles son las condiciones que implican evitabilidad para nosotros. Pero ello no es algo susceptible de determinación empírica, sino que constituye un complejo de condiciones que hay que definir. Sin duda, la *empíria* de cada momento desempeña ahí un papel. Pero en algún momento, en especial cuando lo empírico nos dice demasiado poco, sobreviene un salto normativo. Y aparece ahí algo decisivo, que no es empírico, sino normativo. Ello se muestra, de modo más claro que en los casos de inimputabilidad, en los de error de prohibición. Aquí la cuestión decisiva no es el problema de la evitabilidad, sino que lo determinante es cuánta información le exigimos al individuo. Cuando la hemos determinado de modo preciso, podemos afirmar que el agente no la ha alcanzado y que, por tanto, el error era evitable. Pero los datos no caen del lado de la *empíria* por mucho que un tema muy interesante sea el de cómo se influyen recíprocamente en estos temas lo empírico y lo normativo.

6. A juicio de SCHÜNEMANN, en la sociedad la imputación se produce sobre una base empírica. Los conejos no se tratan recíprocamente como personas responsables, porque les falta la base empírica. En todo caso: ciertamente FRISCH tiene razón, al apuntar que nos hallamos ante predicados de disposición. El manejo de predicados de disposición genera relevantes problemas, tanto lógico-lingüísticos, como empíricos; pero se trata de algo empírico. Normalmente, los problemas de los predicados dis-

positivos se resuelven con experimentos. Y también en el error de prohibición se trata efectivamente de problemas empíricos. Él no niega que se produzcan problemas de precisión, que también son manifiestos en el ámbito de las psicopatologías; no niega, por tanto, tampoco, la existencia de un resto de problemas normativos, que en ocasiones pueden ser muy importantes. Pero eso no cambia nada en cuanto a la necesidad de proseguir trabajando hasta comprobar cuáles son las prestaciones de la *empíria* y dónde nos encontramos ante un *non licet*, debiendo resolver el problema entonces normativamente. Pero al resolver normativamente, planteamos, por así decirlo, nuevas cuestiones empíricas.

7. PEÑARANDA plantea entonces la cuestión de la relación del concepto de culpabilidad con el principio de igualdad. En concreto, suscita la cuestión de que la condición de niño o de loco no puede conducir a eximir de responsabilidad en una sociedad en la que ése sea un dato común (una sociedad de niños o de locos). Algo que comparte JAKOBS: un déficit que todos aportan a la sociedad no puede esgrimirse como una situación especial a la hora de valorar un acto delictivo.

IV. ¿DOMINIO DEL RIESGO O DEBERES ESPECIALES? LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR JAKOBS

1. La discusión se inicia con una intervención de SCHÜNEMANN sobre el método de obtención del Derecho del que se sirve JAKOBS. Éste, a su juicio, no pretende interpretar un conjunto de normas legales; por el contrario, desarrolla primero su concepto de sociedad, que constituye una especie de punto de Arquímedes iusnaturalista, desde el que se procede a concebir el Derecho.

En su opinión, por así decirlo, JAKOBS no necesitaría ningún Código penal, sino que podría construirlo a partir de su filosofía de la sociedad. Ello es, en sí mismo, muy interesante; la cuestión es si se corresponde con el modelo que subyace al Código penal vigente, lo que SCHÜNEMANN estima discutible. Por otro lado, y en lo que respecta ya al concreto concepto de sociedad del que parte JAKOBS, éste pretende abandonar por completo el naturalismo, también en los delitos de omisión. Frente a ello, la ley es más primitiva, menos comunicativa, y contempla las cosas en términos más físicos o causales. Por eso, SCHÜNEMANN insiste en su propuesta de construir la comisión por omisión como algo análogo a la comisión activa: en esa línea va su propuesta de recurrir al criterio del dominio sobre la causa del resultado (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*). SCHÜNEMANN concluye con dos observaciones. La primera, que JAKOBS ha desarrollado una teoría civilista del deber de reparación del daño, y lo ha hecho mediante una impresionante reformulación filosófica; pero las consideraciones de reparación del daño no fundamentan una igualdad de la omisión con la comisión activa (*Begehungsgleichheit*).

2. JAKOBS le da la razón a SCHÜNEMANN, al advertir cómo para él el Derecho penal no es sino una parte de la sociedad en funcionamiento. A partir de ahí, cualquier expresión del Código penal debe situarse, más allá de la mera glosa, en su contexto sistemático, tratando de extraer las correspondientes consecuencias. Algunas de estas consecuencias el legislador no las ha tenido en cuenta. Por ejemplo, el legislador no ha advertido que la madre que mata a su hijo es autora a partir de dos razones. Por un lado, porque se halla en una institución y es autora de un delito de infracción de un deber; lo sería por el mero no impedir que un tercero le mate. Por otro lado, porque mata activamente ella misma. Al no haber

advertido el legislador esta situación, falta en la práctica el necesario complemento punitivo que cubra el doble delito que se comete. Por lo demás, JAKOBS expresa su discrepancia con el método de construcción de la comisión que propone SCHÜNEMANN: la propia causalidad es un constructo normativo, como se pone de relieve a la hora de determinar, en los órganos colegiados, si los cuatro votos emitidos son causa del acuerdo, cuando con tres sería suficiente para ponerlo en práctica.

3. La discusión prosigue, entonces, centrada en la idea de «riesgo especial» (*Sonderrisiko*), es decir, en aquellas conductas que no son antijurídicas, pero que, a juicio de JAKOBS, por su especial contenido de riesgo, sólo se permiten con la simultánea imposición de deberes de salvamento al sujeto. La posterior infracción de tales deberes daría lugar, según JAKOBS, a la imputación del resultado a título de comisión por omisión. KÖHLER y FRISCH expresan críticas a esta idea, que para el primero implica aproximar la sociedad a la familia, mientras que para el segundo recoge consideraciones civilistas distintas de las que habrían de ser determinantes para la fundamentación de un deber jurídico penal especial. JAKOBS, por su parte, refiere cómo se ha ido haciendo preciso superar la idea de que la contrariedad a deber del comportamiento precedente constituye el presupuesto ineludible de la posterior responsabilidad en comisión por omisión. En concreto, para incluir ahí los casos de estado de necesidad agresivo. En estos y otros casos es donde el riesgo especial, el riesgo que sólo beneficia a un sujeto, ha de desempeñar su papel fundamentando la responsabilidad en comisión por omisión, si el sujeto omite luego la acción de salvamento. En cambio, allí donde se trata de una organización común que lleva a cabo la sociedad, debería procederse a un seguro general de las víctimas y no procedería hablar de un riesgo especial. De

lo contrario, efectivamente, la sociedad se acercaría a la familia.

4. Interviene entonces SCHÜNEMANN, para subrayar el origen histórico de la injerencia, vinculada a la búsqueda de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, a la que el *Reichsgericht* incluyó, junto con las dos fuentes de deber introducidas por FEUERBACH (ley y contrato), en la conocida tríada de posiciones de garante. A partir de tales consideraciones, procede a criticar el modelo de razonamiento de la injerencia. Éste no es, desde luego, necesario para los casos en que surge un riesgo de la actuación en estado de necesidad. En éstos se trataría, por el contrario, de un caso de dominio sobre el desamparo del bien jurídico. En la terminología de JAKOBS, de la usurpación de una esfera de organización ajena. JAKOBS, para responder a SCHÜNEMANN, menciona el caso de quien, jugando a lanzar al aire a un niño pequeño, se plantea en un determinado momento el dejar que caiga al suelo. Por supuesto que FEUERBACH habría hecho responder a un sujeto así por el resultado de lesión producido al niño, pero ¿de dónde habría sacado el deber jurídico? JAKOBS entiende que, si bien es cierto que los fundamentos de la responsabilidad son aquí más elásticos, una sociedad no puede funcionar sin tal elasticidad. Ello, sin pretender tampoco negar los peligros que tal elasticidad puede conllevar.

5. Tras una larga discusión terminológica sobre el alcance de las expresiones «deber positivo» y «deber negativo» entre MIR y JAKOBS, que más tarde retomaría FRISCH para proponer el recurso a la naturaleza de los «derechos subjetivos» del afectado en cada caso como mecanismo de control, hace uso de la palabra ROXIN. A juicio de ROXIN, la compleja cuestión de la determinación de quién es garante se resuelve muy bien desde la concepción «naturalista» de SCHÜNEMANN. Éste señala

que es garante el que controla el ámbito en el que se produce el resultado lesivo. En tal caso, se puede afirmar, en cierta medida, que lo domina y fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión por analogía a la teoría del dominio del hecho en el delito de comisión activa. Dicha analogía se puede derivar muy bien si se parte de la interpretación del texto legal alemán y no de una determinada filosofía social. Ciertamente, ello implica pagar un alto precio: no se puede comprender la injerencia, porque el sujeto, en tales casos, no domina el ámbito en el que se produce el resultado. La cuestión es si cabría normativizar un poco el punto de vista del dominio, por la vía de «institucionalizar» un control o dominio en principio preexistentes. Existen, en este sentido, relaciones institucionales que se basan típicamente en posibilidades fácticas de control pero que, aunque en el caso concreto no se den éstas, pueden soportar en cierta medida la posición de garante por la institución. A la inversa, surge la cuestión de qué ocurre cuando se da la posibilidad fáctica de control o dominio, pero sin institucionalizar, como es el caso de las uniones extramatrimoniales. Surgen aquí importantes problemas prácticos, sobre los que también hemos de teorizar: por ejemplo, si queremos acumular control efectivo e institucionalización, o bien plantear en términos alternativos la exigencia de cuidado efectivo o, al menos, de una institucionalización. Ahora bien, las ideas de relación especial (*Sonderbeziehung*) o de riesgo especial van más allá: no requieren ni dominio efectivo, ni institucionalización; ahí se finge la relación de control y la alusión a la tradición o al sentimiento jurídico no es fundamento suficiente.

6. JAKOBS, por su parte, niega la posibilidad de fundar la dogmática de la comisión por omisión en la idea de dominio, salvo que «dominio» sea simplemente un término de camuflaje para un complejo problema normati-

vo. En todo caso, la sociedad se halla en permanente cambio y su imagen es de contornos imprecisos, lo que impide llegar a certezas matemáticas. A lo que ROXIN replica que la concepción de SCHÜNEMANN es la que proporciona resultados más concretos y claros. JAKOBS se pregunta entonces de qué sirven los resultados concretos si no son correctos.

7. Interviene a continuación SCHÜNEMANN para subrayar que JAKOBS es un filósofo social. En efecto, desarrolla de modo ampliamente convincente una filosofía de la sociedad y construye correctamente deberes de conformidad con tal concepción. Pero esto no es idéntico en el Derecho penal. Existe lo que se denomina el carácter fragmentario del Derecho penal y no se puede trasladar al Derecho penal el modelo social sin más. Su concepción fragmentaria de la comisión por omisión —la del propio SCHÜNEMANN— tiene la ventaja de que respeta esto y no pretende convertir en deber jurídico-penal cualquier deber que pueda fundamentarse filosóficamente.

V. ACCIONES NEUTRALES Y OTRAS CUESTIONES. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR ROXIN

1. El debate se inicia con una pregunta de SILVA a propósito de las denominadas acciones neutrales o cotidianas y su relevancia penal. A juicio de SILVA, el criterio utilizado para distinguir entre las que son relevantes y las que no lo son —la llamada relación de sentido delictivo (*deliktischer Sinnbezug*)— es sumamente ambiguo. En su respuesta ROXIN indica que lo único que ha pretendido poner de relieve es que, en el seno de las referidas acciones neutrales, se hace preciso efectuar distinciones. Cuál

haya de ser el criterio de distinción es, en cambio, una cuestión pendiente. Lo que él ha pretendido combatir es, ante todo, la tesis de que la intervención en un hecho delictivo mediante una acción neutral es, sin más, impune. Un criterio de distinción puede ser el de si el fin delictivo aparece, para la acción, en primer plano o, por el contrario, es secundario (*ist der deliktische Zweck bei der Aktion dominierend oder ist er nebensächlich*). Sobre esta base debe precisarse y concretarse más.

2. JAKOBS señala que el propio criterio suministrado por ROXIN es ambiguo. En efecto, el carácter dominante o no del fin delictivo puede entenderse o bien en sentido objetivo o bien en sentido subjetivo. A su juicio, ello debe decidirse de acuerdo con el sentido objetivo de la acción, lo que coincide con la idea del *rol*. Por lo demás, JAKOBS, refiriéndose a otros extremos de la ponencia de ROXIN, expone su opinión en el sentido de que la coautoría no requiere una decisión recíproca (*gegenseitiger Entschluß*), sino que basta con una decisión de adaptación (*Einpassungsentschluß*). Y asimismo, expresa su opinión de que el sujeto que está situado detrás del autor en el caso de un aparato organizado de poder no es un «autor detrás del autor» (*Täter hinter dem Täter*) sino un coautor.

3. FRISCH, en lo relativo a las acciones cotidianas, señala que la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido un exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida (*der muß seine rechtlich definierte Freiheit hier überschreiten*). Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos —la mala voluntad—, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de

conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así que la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo de otro. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros. Así, en algunos de ellos, FRISCH propondría el recurso al delito de omisión del deber de socorro.

4. SCHÜNEMANN parte, en su intervención, de una crítica del criterio del *rol*, al cual califica de «socio-naturalista», y que, además, a su juicio se integra por sus defensores de contenidos arbitrarios. El criterio de si el sujeto se ha salido o no de los cometidos propios de su posición social (*Rollenüberschreitung*) no es válido para decidir sobre la punibilidad de las acciones cotidianas. Es, por tanto, necesario el recurso a otro criterio, que necesariamente ha de ser normativo. A su juicio, incluso el criterio de la relación de sentido delictivo, que propone ROXIN, encorseta demasiado la solución del problema. SCHÜNEMANN, por su parte, empezaría por preguntarse si la prohibición de la acción cotidiana de que se trate constituye un medio eficiente en términos político-criminales para evitar lesiones de bienes jurídicos. A tal efecto, recuerda el caso de realización de actos obscenos en un burdel del que hubo de ocuparse hace un siglo el *Reichsgericht*. La cuestión era si el proveer de pan al burdel podía ser constitutivo de participación: y la conclusión fue que no, pues la prohibición de proveer de pan al burdel no evitaría los actos impúdicos allí realizados. En cambio, sí cumpliría tal fin la prohibición de proveer de vino, pues bajo el influjo del vino se tiende a caer más fácilmente en la realización de tales actos. Otro criterio al

que puede recurrirse es el del grado de realización del hecho. No es idéntico el caso del ferretero que vende un destornillador a un sujeto de quien sabe que va a trabajar con él pero que quizá días después lo utilice para matar a su suegra, que vendérselo a quien tiene ante sí a su suegra, a la que va a matar inmediatamente. En suma, por el momento SCHÜNEMANN se contentaría con una cláusula general, normativa, de naturaleza preventiva y referida al bien jurídico.

5. ROXIN trata de resaltar los aspectos comunes a las intervenciones de los distintos interlocutores, inclinándose con todo por el criterio subjetivo. A su juicio, el ejemplo del camarero en que éste sabe seguro que la comida que conduce a la mesa está envenenada es un caso en el que procede castigar, sin que el criterio del *rol* pueda oponerse a ello. Pero éste no es el caso normal. El supuesto normal es aquel en el que el sujeto que proporciona el medio o instrumento delictivo no sabe seguro qué es lo que hará el adquirente con él. En las hipótesis de dolo eventual, en que el tendero le vende un cuchillo a un sospechoso, debe concluirse la impunidad; al contrario de lo que sucede si concurre dolo directo. Por eso, en el caso en que hay una pelea delante de una tienda y uno de los contendientes entra a comprar un cuchillo, si el tendero se lo vende responde a título de participación. En cuanto a las otras dos cuestiones planteadas en su intervención inicial por JAKOBS, ROXIN admite que la innecesariedad de la decisión conjunta para la coautoría tiene muchos argumentos a favor, pero es dudoso que sea compatible con el Derecho positivo, que sí requiere tal elemento. Por lo que respecta a los aparatos organizados de poder, ROXIN entiende que el recurso en estos casos a la coautoría se opone al hecho de que ésta es básicamente una figura que se mueve en un plano horizontal, a diferencia de la autoría mediata, que es vertical. Si se aban-

dona esta diferencia entre lo horizontal y lo vertical, al final se pierde todo criterio de distinción entre las diferentes formas de intervención en el delito.

6. KÖHLER interviene a continuación para criticar la tesis de ROXIN del autor detrás del autor. A su juicio, incluso en los casos de intercambiabilidad del agente inmediato lo cierto es que éste, como sujeto autorresponsable, bloquea la autoría de cualquier tercero que esté situado tras él. Por lo demás, en su opinión, la coautoría requiere la determinación de voluntad recíproca, no cualquier clase de coordinación de aportaciones al hecho. Lo decisivo es que, además de las aportaciones, se determine la voluntad: es algo así como un contrato para lo negativo. Así que el caso de la decisión de adaptación (*Einpassungswille*) es un caso de participación principal y no da lugar a la imputación recíproca característica de la coautoría.

7. ROXIN replica que, para los casos de aparatos organizados, el propio KÖHLER habla de la existencia de una inducción intensa, dominante, no común; pues bien, esa especie de inducción cualificada se halla ya a medio camino de la autoría mediata. Por lo demás, en tales casos la autorresponsabilidad del agente inmediato no bloquea la autoría del hombre de detrás, porque para él no se trata de esto. Si un ejecutor inmediato se niega a actuar, lo hace otro. Por lo demás, aun fuera de estos casos existe claramente la figura del autor detrás del autor. Pensemos en los casos de amenazas, en los que un sujeto le dice al otro que le matará si no comete este o aquel delito. Pues bien, si, para que no le mate, comete delitos, no se puede negar que tiene el dominio del hecho respecto a ellos; pero tampoco se puede negar que el otro domina al autor, quien a su vez domina la ejecución, con lo que el hombre de detrás domina también de modo mediato la realización típica.

8. Con ello, y tras contestar ROXIN a algunas preguntas concretas sobre la inducción planteadas por OLMEDO, se cierra la última sesión del seminario. ROXIN concluye con las siguientes palabras: *«Señoras y señores, con esto hemos llegado al final. Les doy las gracias por la viva discusión, que habríamos proseguido seguramente durante horas, si hubiera habido tiempo para ello; agradezco también sus intervenciones a los colegas del estrado. Sería para mí una gran satisfacción y un gran éxito de las jornadas si se hubiera mostrado que la ciencia no se hace con la intervención de alguien que se encuentra en posesión de la verdad, al que los otros escuchan diciendo: "sí, así es". La ciencia, por el contrario, se desarrolla en el debate y la discusión. Si esto ha quedado claro, se habrá conseguido algo importante. Muchas gracias.»*