

Hans Welzel

EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Una introducción a la
doctrina de la acción finalista



HANS WELZEL

EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Una introducción a la doctrina de la
acción finalista

Traducción y notas por JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
(UNED), Madrid, España

Segunda reimpresión



2004

Julio César Faira - Editor

Título original de la obra: Das neue Bild des Strafrechtssystems.

Eine Einführung in die finale Handlungslehre. Versión castellana y notas por José Cerezo Mir. Reimpresión de la Iª ed. en castellano, Ariel, Barcelona, 1964.

I.S.B.N.: 987-98334-9-X

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 4

Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte general, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

En Montevideo, Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000), tel.: 4916-6521 y telefax: 4916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:

O Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP), tel.:4523-6225

Tucumán 1484, 9º "C", (C1050AAD), telefax: 4371-7510

e-mail: euros@ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados. Impreso en la Argentina.

Impreso en Argentina en el mes de julio de 2004 por: Mac Tomas, Murguiondo 2160 (1440), Buenos Aires. Tel.: 4686-0106

PALABRAS PREVIAS

I

Este volumen -la cuarta entrega de nuestra novel colección- reedita una obra ya clásica del Prof. HANS WELZEL, acaso uno de los títulos más trascendentes desde el punto de vista dogmático, dentro de su copiosa bibliografía penal. Publicada por vez primera en 1951¹, la monografía tuvo otras tres ediciones posteriores; la última de ellas aparecida en el año 1961, de donde procede la versión castellana.

Ahora bien, ese año 1951. fecha de la publicación inicial del libro, constituye un verdadero "año bisagra" en la trayectoria académica de WELZEL. Marca un momento muy significativo de su prolongada carrera docente, pues coincide con su alejamiento de la Universidad de Göttingen -donde revistaba como profesor desde 1936 y más tarde como decano, luego de finalizada la segunda guerra- y su traslado a ejercer la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, contratado para reemplazar la vacante producida a raíz del retiro de ALEXANDER GRAF ZU DOHNA².

¹ Hans WELZEL. *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlung des Verbrechens*. Verlag Otto Schwab. Göttingen. 1951.

² Marcelo SANCINETTI. "Introducción. Homenaje a la memoria de Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento", en

Sin duda alguna, el periodo de Bonn abre toda una nueva etapa para WELZEL -fulgurante, por cierto- y le permitirá adquirir un inusitado renombre internacional, así como gran cantidad de discípulos extranjeros. WELZEL ya no se moverá de Bonn hasta su jubilación y allí, en el espacio acogedor de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität -cuyo rectorado alcanzó a desempeñar-, en una ciudad caracterizada por su fuerte impronta internacional, él logrará su consolidación definitiva como "magister".

No en balde, dentro de las modernas orientaciones dogmáticas, a WELZEL se le reconoce unánimemente la calidad de padre fundador del linalismo. De un modo u otro, se lo considera también el fundador de la llamada "Escuela de Bonn." {Bonnerschule}, que en la actualidad, sin embargo, bajo la guía de GÜNTHER JAKOBS, ha tomado otro rumbo teórico, tributario de los planteos del funcionalismo sistémico. Pero, cuanto menos, bajo la dirección de WELZEL, Bonn representaba el enclave territorial del finalismo y todo quien se acercaba a él, lo hacía a conciencia de que estaba ingresando a una "secta"⁴.

Por lo demás, basta con revisar en forma somera el desarrollo cronológico de la obra de WELZEL⁵, para

Günther ÜAKOBS-Eberhard STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*. Mam-mu rabi, Buenos Aires, 1998, pág. 23.

¹ Claus ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I-Grundlagen. Der Aujhau der Verbrechenlehre*. Verlag C. H. Beck. München, 1992, págs. 109 y 111: Hans-Heinrich JKSCIECK. *Tratado de derecho Penal*. "Parte general". 4ª ed.. editorial Co-mares. Granada. 1993. pág. 189.

⁴ Armin KAUFMANN. "Hans Welzel zum Gedenken", en *S trafrecht sdogmatik zwrischen Sein und Wert*, Carl Heymanns Verlag K.G.. Köln, 1982, pág. 281.

⁵ "Verzeichnis der Schriften von Hans Welzel in chronologischer Reihenfolge", en STRATENWERTII-KAUKMANN-GEILEN-

corroborar que ese período de Bonn, iniciado a partir de 1951, constituye el tramo de la mayor producción científica del maestro.

A pesar de ello, no es menos cierto que al período de Göttingen corresponden también trabajos de gran valía; a título de ejemplo, los *Estudios para el sistema de derecho penaVK* la primera edición de su Manual sobre "Parte general"⁷, o bien la monografía sobre "*La teoría de la acción finalista*"⁸.

II

En la década del sesenta, como obvia consecuencia del prestigio científico alcanzado por el autor, la obra de WELZEL comienza a ser traducida a lenguas extranjeras. En el caso concreto de la monografía que estamos presentando, se publica una traducción italiana (a cargo de CESARE PEDRAZZI), una versión al idioma japonés (de TAIRA FUKUDA), la traducción al griego (realizada por ANA BENAKIS) y, finalmente, la estupenda versión castellana del Prof. JOSÉ CEREZO MIR, quien

HIRSCH-SCHREIBER-JAKOBS-LOOS (Hsgbs.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1974. págs. 1-6.

^{fi} *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, Band 58, 1939. págs. 491. y ss.

⁷ *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Walter de Gruyter, Berlin, 1940. (Esta obra alcanzó a tener catorce ediciones, la última de 1969. Fue traducida al castellano, bajo el título: Hans WELZEL, *Derecho penal. "Parte general"*, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Roque Depalma Editor, Buenos Aires. 1956).

^H *Um die finale Handlungslehre*. Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. 1949. (Existe una versión castellana que fusiona y compagina éste y otros textos, hecha por Fontán BALESTRA y FRIKER: *Hans WEUCEL, La teoría de la acción finalista*, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951).

vuelca a nuestra lengua la cuarta edición alemana de *Das neue Bild* . . .⁹, e introduce así el libro al mundo hispano hablante.

En realidad, antes de la traducción completa encarada por el Prof. CEREZO MIR, las únicas referencias disponibles para el lector de habla castellana acerca de esta monografía de WELZEL, podían encontrarse en el trabajo del Prof. JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ sobre *La doctrina de la acción finalista*, compuesto a partir de su Discurso de Apertura del Curso 1953-1954, pronunciado en la Universidad de Valencia¹⁰, o bien en el trabajo del Prof. JUAN CÓRDOBA RODA sobre la doctrina finalista¹¹.

El malogrado RODRÍGUEZ MUÑOZ, por ejemplo, quien manejaba la segunda edición de *Das neue Bild* . . ., aparecida en 1952, analizó minuciosamente los rasgos esenciales de la obra, comparándolos con los puntos de vista expuestos anteriormente por el propio WELZEL, en su Manual de 1940¹².

De todas maneras, es recién gracias al excelente esfuerzo del Prof. CEREZO MIR, quien había sido discípulo de WELZEL en la Universidad de Bonn, que se realiza la traducción integral del libro que hoy reeditamos; un verdadero "clásico" dentro de la literatura welzeliana.

⁹ *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas por José CEREZO MIR. Editorial Ariel, Barcelona, 1964.

¹⁰ José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ. *La doctrina de la acción finalista*, en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, Curso 1953-1954. págs. 31 y ss. Hay una edición independiente posterior, publicada por la Universidad de Valencia-Secretariado de Publicaciones, 1978.

¹¹ Juan CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*. Editorial Ariel, Barcelona, 1963.

¹² RODRÍGUEZ MUÑOZ, ob. cit.. 2ª ed.. págs. 58-65.

III

Nos parece útil, antes de cerrar esta breve presentación introductoria, explicar las razones que nos determinan a la reedición de la obra, ya casi inasequible en las librerías "de viejo".

De acuerdo a la línea editorial de la colección, intercalando autores clásicos y modernos, se trata de ir rescatando el pensamiento de quienes han incidido decisivamente en la elaboración de la dogmática penal de nuestro tiempo. Sólo así se puede comprender que la ciencia del derecho penal no admite fracturas drásticas, sino que es hija de su historia. Sólo así se consigue apreciar -lo advierte con claridad ROXIN-que las categorías básicas de la teoría del delito se han ido desarrollando pausadamente, a lo largo de un proceso de discusión de varias décadas¹³.

Naturalmente, WELZEL tiene sobradas credenciales en ese terreno. La doctrina finalista y la prolongada polémica que ella desató, dominaron ampliamente el debate jurídico-penal de la posguerra, hasta finales de la década del sesenta¹⁴.

Y en puridad, los ecos de dicha discusión aún no se han acallado por completo, si nos atenemos a los recientes cuestionamientos ideológicos formulados contra el finalismo¹⁵, que persisten en una actitud de

¹³ ROXIN, ob. cit., pág. 109. De la misma opinión: Hermann BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* Verlag C.H.Beck, München, 1983, pág. 18.

¹⁴ Santiago MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 246.

¹⁵ A vía de ejemplo: Monika FROMMIGL, *LOS orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*. en "Anuario

demonización" de su teoría, impugnando su apego al derecho penal de voluntad^{Mi}.

No nos parece justo. Desde su primitivo artículo sobre "*Causalidad y acción*", que viera la luz en el año 1931¹⁷, el joven WELZEL -contaba a la sazón con veintiséis años de edad y se desempeñaba como asistente en la Universidad de Köln-, comenzó a elaborar un sistema de derecho penal de base ontológica -explícitamente fundado en las denominadas "*estructuras lógico-objetivas de la realidad*" {"*sachlogische Strukturen*"}¹⁸-, que vino a impugnar el relativismo valorativo del neo-kantismo¹⁹ y le impuso a la teoría del delito un inesperado giro metodológico.

WELZEL partía de inquietudes filosóficas muy claras, que signaron todo su desarrollo teórico y ocuparon toda su vida: la relación entre ser y deber ser, la

de Derecho Penal y Ciencias Penales", tomo XLII, fascículo II, mayo-agosto 1989. págs. 621-632; Sergio POLITOFF, *Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho*, en "Nuevo Foro Penal", n° 45. julio-agosto 1989, págs. 318-322.

¹⁷ Winfried HASSEMER, *La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", tomo XLVI, fase. I, enero-abril 1993, págs. 44-45.

¹⁷ *Kausalität und Handlung*, ZStW, Band 51, 1931, págs. 703 y ss. (Existe una versión castellana: *Causalidad y acción*, trad. de Conrado Finzi. "Cuadernos de los Institutos", Instituto de Derecho Penal, N° 126, Universidad Nacional de Córdoba, 1975, págs. 189-211).

¹⁸ WEEZEL. *Naturrecht und Rechtspositivismus*, *Festschrift für H. Niedermeyer*, Göttingen, 1953. págs. 279 y ss. (Hay versión castellana por Ernesto GARZÓN VALDES. "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba. 1962. págs. 45 y ss.).

¹⁹ Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*. Ed. B de F. Buenos Aires, 1995, vol. I, págs. 215 y siguientes.

aturaleza del deber, la base de *validez* del derecho²⁰. El reaccionó contra el eterno retorno del derecho natural V del positivismo jurídico²¹. Al decir de KAUFMANN, pretendió desarrollar "*un derecho natural de la ilustración republicano-federal*"²², en congruencia con el tiempo histórico que le tocó vivir.

Es cierto, por tanto, que el finalismo irrumpe con la certidumbre de que la ciencia del derecho penal apoya sus cimientos en el ser y que de allí proviene la garantía de corrección científica de la teoría jurídico-penal²¹.

Como también es verdad -y sirve para aventar cualquier prejuicio ideológico-, que WELZEL reivindicaba el reconocimiento del hombre como persona responsable, cual requisito mínimo que debe atender el orden social, si no quiere sólo coaccionar a través del poder, sino obligar como derecho²⁴.

Por ello, tan luego, la pregunta sobre la misión del derecho penal fue para WELZEL, desde el comienzo, un problema filosófico, que lo condujo a defender su función ético-social, viéndolo como instrumento conformador de valores²⁵.

²⁰ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, ob. cit., pág. 283. Ver WELZEL. Strafrecht und Philosophie, en *Abhandlungen zum Straf recht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, 1975, págs. 1-6.

²¹ KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, ob. cit., pág. 283.

²² KAUFMANN. *Strafrechtsdogmatik*, ob. cit., pág. 282.

²³ HASSEMER, ob. cit., pág. 46.

²⁴ WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Vandenhoeck-Ruprecht*, Göttingen, 1962, 4ª ed. (hay versión castellana, bajo el título: *Introducción a la filosofía del derecho*. trad. de Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, 2ª ed., Madrid, 1974, pág. 252).

²⁵ WELZEL. *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago, 1976, pág. 13; WELZEL, *Derecho y ética*, en "Re-

En punto a su sistema del ilícito, WELZEL critica la influencia del naturalismo en la ciencia del derecho penal, tanto como la influencia de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre ser y deber ser, realidad y valor²¹.

Como lo ha señalado SCHÜNEMANN, el sistema concebido por WELZEL caracteriza de modo esencial a la estructura del delito dominante en la actualidad, que es aceptada también por los autores no finalistas²⁷. De ahí que HIRSCH, uno de los discípulos más ortodoxos, califique a WELZEL como el dogmático penal de mayor significación, probablemente, desde KARL BWDING²⁸.

El sistema de WELZEL gira en torno a su concepto de acción final, el cual respeta lo que él considera la estructura óptica fundamental. Ese punto de partida determina, al interior de la teoría del delito, el traslado del dolo (dolo avalorado) y de la culpa al tipo. A partir de WELZEL, entonces, bien puede sostenerse que el dolo constituye, necesariamente, un elemento subjetivo del injusto de los delitos dolosos (tipo subjetivo)²⁹, en tanto la inobservancia del cuidado debido pasará a situarse en el tipo de injusto de los delitos culposos.

vista Argentina de Ciencias Penales". n° 5, enero-abril 1977. pág. 15.

²¹ José CEREZO MIR, *El finalismo, hoy*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", tomo XLVI, fase. I, enero-abril 1993, pág. 5.

²⁷ Bernd SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 54.

²⁸ Hans Joachim HIRSCH. "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel", en *Derecho Penal. Obras completas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. 1999, tomo 1, pág. 13.

²⁹ WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elvvert Verlag. Marburg, 1964. pág. 9.

De igual manera, entre las innovaciones del sistema de WELZEL, cabe resaltar una notoria acentuación del subjetivismo en la estructura del delito. Por lo pronto, su *concepción del injusto personal*, de generalizada aceptación³⁰, le permitió diferenciar el desvalor de acción y el desvalor de resultado, aún cuando -para WELZEL- el injusto queda ya plenamente constituido por el desvalor de acto³¹.

IV

A los planteamientos precedentemente enunciados cabría agregar, todavía, otros aciertos en el orden dogmático. La definición de la tentativa, que el Código alemán extrajo casi literalmente de su Manual, o el concepto finalista de autor, centrado en el dominio del hecho, concitaron también una muy amplia acogida doctrinaria.

No obstante, resta un argumento último para justificar definitivamente esta reedición. Un argumento que allá, en el fondo, tiene el inocultable aroma del homenaje.

Toda una generación de penalistas latinoamericanos -me refiero a quienes hemos superado ya la barren: de los cincuenta-, formada en la rigidez del sistema causalista, absolutamente predominante en América latina, descubrió a través de WELZEL otro horizonte.

Poco cuenta ahora que su honda inquietud filosófica, las bases ontológicas del sistema o su connotación eticista, resulten cuestionadas -mejor aún, superadas- por las orientaciones dogmáticas de fin de

³⁰ HIRSCH, ob. cit., pág. 16; SCHIEMMANN, ob. cit., pág. 56.

³¹ WILZEL. *Derecho penal alemán*, ob. cit., pág. 92; Armin KAUFMANN. "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht". en *Festschrift J'i'r Hans Welzel*. oh. (-it.. págs. :195-196.

siglo. Así y todo, WELZEL nos enseñó a pensar y nos plantó de cara al problema central de la ciencia penal, que continúa siendo el problema del hombre.

Esa es una deuda intelectual que ninguna reedición u homenaje editorial pueden llegar a saldar.

GONZALO D. FERNÁNDEZ

Montevideo, agosto de 2001.

ÍNDICE GENERAL

Palabras previas del Dr. GONZALO D. FERNÁNDEZ....	7
índice de abreviaturas	21
Prólogo del autor a la edición española (1964)	25
Prólogo del autor a la 4ª edición (1960)	27

CAPÍTULO PRIMERO EL

CONCEPTO DE LA ACCIÓN

I. La estructura fundamental de la acción....	41
II. La acción en las normas del derecho penal	47
III. Doctrina discrepante: el concepto causal de la acción	49
1. La doctrina de la acción causal.....	49
2. Crítica de la doctrina de la acción causal	51
3. Objeciones de la doctrina de la acción causal a la doctrina de la acción finalista ..	57

CAPÍTULO II

TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD DE LO INJUSTO PENAL

I. Norma, tipo y antijuridicidad	69
II. La antijuridicidad como juicio desvalorativo: antijuridicidad e injusto	75
III. Evolución del concepto del tipo en la dog mática	78

- IV. Tipo y adecuación social..... 84
- V. La constatación de la antijuridicidad..... 89
 - 1. La tipicidad como indicio de la antijuridicidad 89
 - 2. La constatación de la antijuridicidad; tipos cerrados y abiertos..... 93

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DOLOSOS

- I. Evolución del concepto de lo injusto de los tipos dolosos en la dogmática 97
- II. El concepto personal de lo injusto..... 106

CAPÍTULO IV

EL CONCEPTO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS CULPOSOS

- I. El tipo..... 112
 - 1. La acción típica 113
 - a) El cuidado necesario en el tráfico 113
 - b) La inobservancia del cuidado necesario en el tráfico 117
 - 2. El resultado: la lesión o el peligro del bien j urídico 119
- II. La antijuridicidad..... 124

CAPÍTULO V

LA POSICIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

- I. Antijuridicidad y culpabilidad 125
- II. Culpabilidad y voluntad: la culpabilidad como reprochabilidad v como concepto valorativo 126

III. El desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad en la dogmática moderna ..	129
---	-----

CAPÍTULO VI

LOS PRESUPUESTOS EXISTENCIALES DEL REPROCHE DE CULPABILIDAD: LIBRE ALBEDRÍO E IMPUTABILIDAD

I. Los problemas del libre albedrío	134
1. El aspecto antropológico	134
2. El aspecto caracterológico	137
3. El aspecto categorial	139
II. La imputabilidad (capacidad de culpabilidad)	145
1. Los problemas de la constatación de la imputabilidad	145
2. La definición legal de la imputabilidad .	147

CAPÍTULO VII

CULPABILIDAD Y PERSONALIDAD

.....	149
-------	-----

CAPÍTULO VIII LOS ELEMENTOS

DE LA REPROCHABILIDAD

A) Los elementos intelectuales de la reprochabilidad	156
I. El conocimiento o la cognoscibilidad de la realización del tipo como elemento de la reprochabilidad	156
II. La cognoscibilidad de la antijuridicidad	160
1. La teoría del dolo. Los principios valorativos de la ética social de las teorías del dolo y de la culpabilidad	162
2. La teoría de la culpabilidad	173
a) Problemas particulares	180

b) <i>Razón y medida de la reprochabilidad del error de prohibición en particular</i>	186
c) El error de subsunción en particular	189
d) Restricción de la punibilidad al conocimiento de la prohibición	191
B) El elemento volitivo de la reprochabilidad: la exigibilidad de la obediencia al derecho	193
I. La exigibilidad en los delitos culposos.....	194
II. La exigibilidad en los delitos dolosos	195
1. El estado de necesidad penal (arts. 54/52)	196
2. El estado de necesidad supralegal como causa de exclusión de la culpabilidad ..	197
3. El estado de necesidad putativo.....	200
C) La reprochabilidad como presupuesto de la pena	201

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BAG	Sentencias del Tribunal federal de trabajo
BGH.....	Sentencias del Tribunal federal en materia penal
BGH (Z)	Sentencias del Tribunal federal en material civil
Bayer ObLG.....	Sentencias de la Audiencia territorial de Baviera
Binding Hdb	Binding, <i>Handbuch des Strafrechts</i> , 1885
BVcrI'G.....	Tribunal federal constitucional
DAR	Deutsches Autorechl, editada por el Automóvil Club general de Alemania
DJ.....	Deutsches Justiz
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsches Rechtszeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Strafrechts
Dohna, Aufbau.....	Graf zu Dohna, <i>Der Aufbau der Verbrechenlehre</i> , 2 ^a ed., 1941
Dreher, Bericht	Probleme der Strafrechtsreform; Berichte über die Tagungen der Grossen Strafrechtskommission; Bundesanzeiger
Enn.-Nipperdey	Enneccerus-Nipperdey, <i>Der Allg. Teil d. Bürgerlichen Rechts</i> . 15 ^a ed., 1959-60
Floegel-Härtung	Floegel-Härtung, <i>Strassenverkehrsrecht</i> , 12 ^a ed., 1959.
Frank	Reinhard Frank, <i>Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich</i> , 18 ^a ed., 1931
Frank-Festg.....	Festgabe für R. Frank. 1930
Gerland	Gerland, <i>Deutsches Reichsstrafrecht</i> , 2 ^a ed., 1932
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GS	Gerichtssaal

- Gr. S..... Grosser Señal (salas reunidas)
- Gutachten *Materialien z. Strafrechtsreform*. I" tomo, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954
- HESt Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
- Hippel v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932
- Hippel, I, II v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo I, 1926; tomo II, 1930
- Hirsch, Neg. Tatbestandsmerkmale H. J. Hirsh. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960
- HRR Höchstrichterliche Rechtsprechung, suplemento de DJ
- JMB1 NRW..... Boletín oficial del Ministerio de Justicia de Nordrhein-Westfalen
- JR Juristische Rundschau
- JT-Festschrift Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift z. Deutschen Juristentag, 1960
- JW Juristische Wochenschrift
- JZ Juristenzeitung
- Kaufmann. Normentheorie Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindingsnormentheorie*, 1954
- Kaufmann, Unterlassungsdelikte Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959
- KG Kammergericht (sala de Audiencia provincial)
- Kohlrausch-L Kohlrausch-Lange, *Strafgesetzbuch*, 42" ed., 1959
- LK..... *Das Reichsstrafgesetzbuch*, comentado por Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4^U ed., 1929 (Leipziger Kommentar); 6" ed.. 1944 (arls. 1-151); 6" y 7" ed.. 1951 y 1953. editada por Nagler. Jagusch. Mezger; 8" ed., publicada por Jagusch y Mezger
- Liszt-Sch..... v. Liszt-Schmidt. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil. 26" ed.. 1932. La "Parte especial" está citada en su 25" ed., 1925
- LM Lindenmaier-Möbring. Nachschlagewerk des BGH

- Mau räch AT. BT..... Maurach. Deutsches *Strafrecht*. Allg. Teil. 2" ed.. 1958; Besonderer Teil. 3" ed.. 1959
- IvJa»ser Hellmuth Mayer. *Das Strafrcchl des dänischen Volkes*, 2" ed.. 1953
- Mezjicr..... E. Mezger. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. 2" ed.. 1938
- IViez»er] Mezger. *Strafrecht. ein Studienbuch*, All. Teil. 9" ed.. 1960
- Mezger-Festschrift Festschrift für Edmund Mezger. 1954
- IVIDR..... Monatsschrift f'ir deutsches Recht
- jVlon..... Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
- KrimBi Niederschriften. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskoinmtssion. Bonn. 1956-60
- NJW Neue Juristische Wochenschrift
- OGH Sentencias del Tribunal Supremo de la Zona británica
- OLG..... Audiencia territorial
- Olshausen..... J. v. Olshausens, *Kommentar zum StGB*, W ed., 1927; 12" ed. (hasta el art. 246). 1942
- probleme *Probleme der Sirafrechtserneuerung* (E. Kohlraush zum 70. Geburtstag. 1944)
- RG Sentencias del Reichsgericht en materia penal
- RG R.spr Jurisprudencia del Reichsgericht en materia penal
- RG (Z)..... Sentencias del Reichsgericht en materia civil
- ROW Recht in Ost und West. Zeitschrift f'ür Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme
- SchlHA..... Schiewig-Holsteinischer Anzeiger
- Schönke-Schr Schönke-Schröder. *Strafgesetzbuch*, 9" ed.. 1959
- Schweiz. Z..... Schweizerische Zeitschrift für Sirafrecht
- SJZ..... Süddeutsche Juristenzeitung
- VDA; VDB..... Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Sirafrechts; Allg. Teil und Bes. Teil
- VRS Verkehrsrechtsammlung. Sentencias de los dos los sectores del derecho riel trafico

- Welzel. Aktuelle
Strafrechtsprobleme.... Welzel, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im
Rahmen der finalen Handlungslehre.*
1953
- Weber. Gr H. v. Weber. *Großriss des deutschen
Strafrechts.* 1948
- "ZfA Zeitschrift der Akademie für deutsches
Recht
- 2 Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-
wissenschaft

PROLOGO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Me alegro de que mi *Introducción a la doctrina de la acción finalista* aparezca ahora también en lengua española. De este modo podrán conocer directamente mi doctrina, dentro del gran círculo cultural español, aquellos que hasta ahora no podían hacerlo por razón de la lengua. Me alegro tanto más, cuanto que mi doctrina ha dado lugar precisamente en España a una discusión, siempre benevolente, de la que he recibido valiosas sugerencias. Me refiero sobre todo al trabajo del profesor José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, de 1953. Este libro dio lugar a una correspondencia entre su autor y yo, que quedó interrumpida desgraciadamente demasiado pronto por su muerte. Con ello quedó también sin realizar el plan del profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ de ocuparse de nuevo de los delitos culposos en una segunda edición de su libro. Su mismo deseo de que mantuviésemos antes una correspondencia sobre el problema de los delitos culposos sólo pudo ser realizado en parte. Expongo, pues, ahora a los lectores españoles el desarrollo ulterior de mi doctrina, que no pudo conocer ya el profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ.

La consecuencia jurídico-penal más importante de la comprensión de que la acción no es un proceso meramente causal sino final, consiste en que hace posible percibir en la antijuridicidad no sólo el desvalor

del resultado, sino también el de la acción. Esto no puede hacerlo la doctrina de la acción causal, pues para ésta la antijuridicidad tiene que consistir exclusivamente en el desvalor del resultado, o sea la lesión del bien jurídico y no puede explicar el que la *forma* de ejecución de la acción sea ya esencial para el problema de la antijuridicidad. Esto es cierto no sólo para los delitos dolosos, sino también para los culposos. Precisamente en éstos se ha advertido que sólo cabe comprender correctamente su antijuridicidad sobre la base del desvalor de la acción.

Le agradezco al Dr. CEREZO MIR el esfuerzo realizado para traducir mis nuevos y no siempre fácilmente comprensibles razonamientos; pero al haber sido mi discípulo durante varios años en Bonn, estoy convencido de que su traducción reflejará el sentido del texto.

HANS WELZEL

Bonn, otoño de 1964.

PROLOGO DEL AUTOR A LA CUARTA EDICIÓN

La nueva edición de este libro, que resume los capítulos más importantes de mi Manual (*Das deutsche Strafrecht*, 7ª ed., 1960) para la doctrina de la acción finalista, aparece precisamente treinta años después de la publicación de mi artículo *Kausalität und Handlung* {*Causalidad y acción*, Z.Str.W. 51, p. 703), en el que expuse por primera vez las ideas fundamentales de la doctrina de la acción finalista. En los últimos tiempos, me han recordado repetidas veces este artículo, puesto que algunos críticos de mi doctrina se refieren cada vez más a su origen y creen poder interpretarla en una relación de dependencia con un sistema filosófico determinado, a saber el de Nicolai HARTMANN. Quizás haya sido ENGISCH el que haya suministrado para ello el lema, cuando en 1944 llamaba a HARTMANN "mi garante".

Ahora habla HALL, de HARTMANN, como del "maestro filosófico de los finalistas"; WÍRTENBERGER previene, aludiéndome, "de la aceptación acrítica" de las doctrinas de N. HARTMANN; KLUG considera que es una "tesis clásica del finalismo", que la inclusión del dolo en el tipo se deriva de la ontología de N. HARTMANN; OEHLER ve en la separación del dolo y la culpabilidad, una consecuencia de mi aceptación de la doctrina de los valores de N. HARTMANN, etcétera. Hasta ahora había guardado silencio ante las referencias al origen de mi

doctrina, puesto que en la ciencia debería tener sólo importancia el contenido de verdad de una afirmación y no su origen. Ahora, sin embargo, al verse afectada la afirmación misma y al ser ésta, en parte, objeto de una interpretación errónea, creo que no puedo seguir guardando silencio.

No tendría, sin duda, ningún motivo para avergonzarme de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai HARTMANN -si fuera cierto-. Este no es el caso, sin embargo. Las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista no las recibí de N. HARTMANN, sino de la psicología del pensamiento y la primera de ellas, precisamente, de la obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (*Fundamentos de la psicología del pensamiento*) del filósofo, recién fallecido, Richard HÖNIGSWALD.

Recibí también otras sugerencias de los trabajos de los psicólogos Karl BÜHLER, Theodor ERISMANN, Erich JAENSCH, Wilhelm PETERS y de los fenomenólogos P. F. LINKE y Alexander PFÄNDER, entre otros.

Todos estos trabajos, que aparecieron en la década de 1920 a 1930, llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica. En mi primer artículo llamé a esta forma de realización "intencional de sentido" y la seguí desde la acción "interna", de los actos de *pensamiento*, en los que había sido puesta de manifiesto por los trabajos de aquellos autores, hasta los actos *voluntarios* y la *realización* de la voluntad (por consiguiente, hasta la acción "externa").

N. HARTMANN no ha ejercido ninguna influencia en los autores mencionados y en sus trabajos sino que, al contrario, recogió en su pensamiento los conocimientos, entonces candentes y que entre tanto se han convertido en patrimonio común, del curso no-causal de

• rtos actos anímicos; sólo más tarde, después de 1930, i° desarrolló en sus grandes obras ontológicas en una ría general de los estratos del ser, siendo preciso ñalar que hacia 1920 era considerado como un neo-kantiano, que evolucionaba bajo la influencia de la fenomenología, hacia un realismo crítico.

El análisis, de claridad poco común, de la estructura de la acción en la *Ethik* de N. HARTMANN y en su *Problem des geistigen Seins* {*Problema del ser espiritual*) me incitó a formular de nuevo mi pensamiento, en mi libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (*Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal*, 1935) y a utilizar ahora el término más familiar de "finalidad", en lugar de la expresión menos manejable de "intencionalidad". Destaqué al mismo tiempo, sin embargo, claramente, que la ley estructural de la "intencionalidad de sentido" seguía siendo la base fundamental de la "finalidad" (*Naturalismus*, p. 79, nota 67).

El gran esquema sistemático de N. HARTMANN en los tomos de su *Ontologie*, publicados después de 1935, ha deformado -sobre todo en la ciencia del derecho, apartada la mayor parte de las veces de la filosofía-la visión de la situación en que se encontraba la filosofía alemana en el tercer decenio de nuestro siglo (del mismo modo que la obra de HARTMANN ha sido oscurecida después por el existencialismo). No hace mucho me han pedido la comprobación de la tesis de la estructura final de la acción. Para contestar a esta pregunta necesito sólo remitirme a las explicaciones de mi antiguo artículo y a la bibliografía filosófica y psicológica allí citada. La comprobación se obtiene polla vía en que surge todo conocimiento de las cosas, es decir de los datos de la experiencia interna y externa y su explicación racional (categorial).

También los reparos que se han formulado contra mis observaciones sobre los elementos "ontológicos"

en el derecho obedecen evidentemente a que no se ven ya, detrás de la ontología de N. HARTMANN, las obras filosóficas de la década de 1920-1930.

El neokantianismo tardío de Bruno BAUCH y Richard HÖNIGSWALD había destacado ya [antes de la *Metaphysik der Erkenntnis (Metafísica del conocimiento)* de N. HARTMANN] "el principio supremo de todos los juicios sintéticos" de KANT, de que las "condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia". De él se deduce que las categorías del *conocimiento* son también categorías del *ser*, es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías *ontológicas*. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra "ontológico" (ver Z.Str.W. 51, p. 704); ésta no procede de la *Ontologie* (posterior) de HARTMANN y tiene aún mucho menos que ver con la ontología de la antigua *metafísica* (precrítica)¹.

De qué peligros quería proteger este concepto a la ciencia del derecho penal y qué quería lograr en ella se deduce del artículo mencionado (ps. 704 y ss.) y de mi trabajo, aparecido dos años más tarde. *Über Wertungen im Strafrecht (Sobre las valoraciones en el derecho penal)*, GS 103, ps. 340 y ss.), del que tomo la cita siguiente: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elementos individual, material, que

¹ Carece de fundamento, por ello, la afirmación de Arthur KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, 1961. p. 37) de que la doctrina de la estructuras lógico-objetivas represente, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento y de la metafísica, un realismo ingenuo, acríueo. Queda claro también el sentido -y la medida- en que W.F.L.Z.F.L cree poder hablar de verdades eternas en la esfera lógico-objetiva u ontológica.

nstituye la base de toda valoración jurídica posible. tipos pueden sólo 'reflejar' este material ontológico. ,-eviamente dado, describirlo lingüística y concep-t mímemente, pero el contenido de los reflejos' lingüísticos v conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo (. •) pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para (. . .) comprender también correctamente las valoraciones jurídicas" (GS 103, p. 346).

Este método "vinculado al ser o a las cosas", que hace poco he expuesto otra vez -veinticinco años más tarde- en una polémica con tendencias neopositivistas (nominalistas) en la ciencia del derecho penal (Z.Str.W. 69, ps. 634 y ss.) y que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra "ontológico", sin que con ello se optase por un sistema ontológico determinado.

Por lo que respecta a las "estructuras lógico-objetivas"² que pertenecen a este lugar y especialmente

Estructuras lógico-objetivas [*sachlogische Strukturen*] son estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica concreta [*Sachlogik*], que se orienta directamente en la realidad, objeto de conocimiento. Sobre el problema de la existencia de las estructuras lógico-objetivas, ver STRATKWVÜKTH, *Das rechtsltheoretische Problem der "Natur der Sache"*, ps. 8 y ss.. y mi artículo. "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica". "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961. ps. 18 y siguientes. ENGISCH ha aclarado su posición en el artículo *Zur "Natur der Saclie" in\ Strafrech*i. publicado en el *Festschritt f. Eb. Schmidt* (ps. 90 y ss.) y no cabe incluirlo ya. a mi entender, entre los autores que niegan la existencia de las estructuras lógico-objetivas, sino sólo en-

la afirmación de que el derecho penal está vinculado a la *estructura final de la acción*, necesito sólo referirme a un hecho conocido por todos: del mismo modo que el derecho no puede ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y que a los seis meses traigan al mundo niños viables, no puede prohibirles tampoco que tengan abortos. Puede exigirles, en cambio, que se *comporten* de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que *provocuen* abortos. Las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos. De este hecho -a mi juicio- difícilmente discutible, se deriva todo lo demás por sí mismo³.

tre aquellos que niegan que de ellas se derive una vinculación para el derecho.

³ Esta conclusión no es aceptada por muchos penalistas alemanes: ver. por ejemplo. MIÛZGER. *Leipziger Kommentar zum. St.G.B.*, 8ª ed.. 1956. Einleitung III. 5 c. ps. 13 y ss.. y ya antes en *Vom Sinn der strafbaren Handlung*. JZ, 1952, p. 657: *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*. NJW, 1953. ps. 3 y ss., y *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, ps. 12 y 13; ENGISCH. *Zur "Natur der Sache" im Strafrecht*, Festschr. f. Eb. Schmidt, 1961, ps. 101 y ss.; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. Berlin, 1955, ps. y 32 y ss.; y BOCKICLMANN. *Strafrechtliche Untersuchungen*, ps. 151 y siguientes. Estos autores reconocen la estructura final de la acción humana y que las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (o la omisión de tales actos). Niegan, sin embargo, que de ahí se derive la *necesidad* de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos (y no una forma de la culpabilidad). La ley es libre, según estos autores, de hacer recaer en una u otra parte del todo de la acción el juicio desvalorativo de la antijuridicidad. STRATENWERTII ha puesto de manifiesto, sin embargo, cómo la decisión valorativa fundamental procede y no sigue a la constatación de las estructuras lógico-objetivas (*Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*. 1957, ps. 13 y ss.. y posteriormente en

El sustrato de la reculación del derecho es desconocido completamente, si se considera "primero" a

Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtswissenschaft. Sonderdruck aus Juristen-Jahrbuch, 2. Band, 1961-62, p. 198). Las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, dice STRATENWERTU, pero se destacan sólo de la multitud de datos ónticos. como esenciales, desde un determinado punto de vista. La estructura final de la acción humana no podría ser percibida, ni la conducta final podría ser considerada como la conducta específicamente humana, si no se partiese de una determinada concepción del hombre: la concepción del hombre como un ser responsable, abierto al mundo. capaz de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor (ésta es la concepción dominante en la moderna antropología científico-natural y la filosófica: ver Max SCHIELER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1929, y GEHLEN, *Der Mensch-Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 5ª ed., 1950. Una breve exposición de esta concepción del hombre y ulteriores indicaciones bibliográficas en el cap. VI de este libro). Una ciencia que se ocupase exclusivamente de descubrir nexos causales no podría percibir la estructura final de la acción humana. Con ello no quiere decir STRATENWERTH. sin embargo, que el reconocimiento del hombre como persona sea una mera "valoración" (como cree ENGELH. ob. cit. ps. 99-101). STRATENWERTH no niega que la condición del hombre como persona y la estructura final de la acción sean datos *ónticos*. La decisión valorativa fundamental no tiene por objeto el reconocimiento del hombre como persona sino sólo la determinación de la *perspectiva* desde la cual ha de partir el derecho. Es posible, además, que el derecho tenga que partir necesariamente de la concepción (perspectiva) del hombre como persona (ver STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, p. 18 y mi artículo. "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961, ps. 29 y siguientes. Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen. 1959, ps. 19 y ss., cree que el derecho tiene que partir necesariamente de este punto de vista). Sea lo que fuere, lo cierto es que si el derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como *esencial* para la *valoración* jurídica la estructura final de la acción humana. Sólo la conducta final aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valo-

la acción como un proceso causal ciego y se añade sólo *después* (en la culpabilidad) la *voluntad*, donde ésta

ración jurídica. Una "conducta" no final (como los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, algunos movimientos reflejos. los movimientos durante el sueño -piénsese en el sonámbulo- las acciones que se realizan de modo automático y sin que vayan acompañadas de una representación *actual* de fines, etc.), no puede ser considerada entonces como una conducta *humana*. [La existencia de acciones humanas no finales ha sido señalada también por JICSHICCK. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschiechlicher Entwicklung*, Festschrift f. Eb. Schmidt, 1961. ps. 147-8. Los ejemplos que cita este autor, sin embargo, no me parecen siempre convincentes. Menciona, por ejemplo, las acciones pasionales (un ataque de ira. una explosión violenta del instinto sexual, el incendio de un pirómano) "en las cuales los impulsos brotan de lo profundo del subconsciente sin pasar previamente por la esfera de la anticipación mental y sin estar sometidos a una auténtica dirección". En estos casos falta, sin duda, una dirección de los impulsos de la ctipa profunda, pero no la dirección de la acción externa (en el mundo exterior); ver, sobre esta distinción. WICLZICL, cap. VI, § I, 2. de este libro. Toda acción (incluso las instintivas y pasionales), dice LICRSCH, "está basada en un esquema anticipado de su curso y del resultado" (cita tomada de WICLZICL. *lug. cit.*). Los ejemplos que cita MAHIOFICR {*Der so7Áale Handlungsbegriff*, Festschrift f. Eb. Schmidt, p. 162: el guardaagujas del tren que se queda dormido y da lugar a que se produzca un grave accidente ferroviario, etc.), no son. en realidad, ejemplos de acciones no finales, sino de consecuencias que se derivan de un modo puramente causal (el dormirse y el accidente) de una conducta final.] Si el derecho parte de la concepción del hombre como persona está vinculado también a la estructura final de la acción en el sentido de que la valoración jurídica tiene que recaer entonces *necesariamente* sobre la unidad final-causal de la acción. No puede recaer exclusivamente sobre el lado causal, objetivo, o externo de la ella, sin incurrir en una contradicción lógico-objetiva. El contenido de la voluntad de realización del autor tiene que ser entonces objeto *necesariamente* de la valoración jurídica. No es posible deducir, en cambio, a mi juicio, de la estructura final de la acción humana la *necesidad* de que el contenido de la voluntad tenga que ser objeto del juicio desvalorativo de la

puede ser sólo un fenómeno subjetivo aeompañante. un "reflejo", pero no puede ser ya un factor configurante de la acción.

antijuridicidad (ver mi artículo "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", ps. 27 y ss.). Es cierto que las normas no pueden tener por objeto más que la conducta humana fi-nal. pero de ahí no se deriva, a mi entender, la *necesidad* dique el dolo tenga que ser un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos. Es imaginable un Código Penal. como ha señalado BOCKELMANN (*Strafrechtliche Untersucliungert.* ps. 152 y ss.) en que los tipos estén redactados de tal forma qLie no sea necesario apreciar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto. La tentativa, como acción dirigida por la voluntad del autor a la producción de un resultado delictivo. no podría ser objeto de castigo en dicho Código Penal. La punición de la tentativa, así definida, llevaría consigo la necesidad de la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos (ver, en este sentido WLLZLL, *Das deutsche Strajrecht*, 7ª ed.. 1960, ps. 55-6 y cap. III, §1, de este libro: BOCKICLMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, ps. 151 y ss.; y mi artículo, "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español". "Anuario de Derecho Penal". 1961 fase. Iª). [Un problema distinto es el de si la tentativa tiene que ser definida necesariamente de este modo. ENC.ISCTI (*Zur "Natur der Sache" im Strafrecht*, p. 107) cree que no. A mi juicio si se define la "tentativa" de modo que la resolución delictiva del autor no sea presupuesto necesario de la pena -por ejemplo, como propone ZIMMLRI. (*Aufbau des Strafrechtssystems*. 1930. p. 136), es decir, como acción sin resultado- la figura delictiva que resulte será ya algo completamente diferente, es decir no podrá sersubsumida en el concepto de tentativa sin incurrir en el nominalismo.] De un Código Penal de dicha índole se derivaría una concepción puramente objetiva, despersonalizada, de lo injusto. Con ello no se incurriría en contradicción alguna con el criterio de la concepción del hombre como ser responsable. adoptado previamente, a no ser que el contenido de la voluntad no fuera objeto tampoco de la valoración de la culpabilidad.

La pertenencia del dolo a lo injusto o a la culpabilidad depende, pues, en mi opinión, de la *estructura del Código* (existencia de elementos subjetivos de lo injusto y punición de la

Mientras que en la doctrina de la acción de N. HARTMANN pude encontrar una considerable confirmación y aclaración de mis propias opiniones, me he opuesto desde el principio a su doctrina de los valores, especialmente a su concepción de un reino independiente de cualidades irreales de significación (ver *Kausalität und Handlung*, Z.Str.W 51, ps. 715 y ss.; *Über Wertungen im Strafrecht*, GS 103, ps. 340 y ss.; *Naturalismus*, p. 57). Esto no le impide, sin embargo, a OEHLER atribuir precisamente "los errores" de mi doctrina a la adopción de la teoría de los valores de HARTMANN. Aunque no comparta las opiniones de HARTMANN, creo, sin embargo, que le debo la aclaración de que las extrañas afirmaciones de OEHLER no tienen apenas parecido con su doctrina de los valores.

Mi primer artículo contiene hoy todavía los fundamentos de la doctrina de la acción finalista. Sus elementos esenciales están en él expuestos, o apuntan al menos; el problema fundamental está tratado incluso con más extensión que en cualquier otro de mis trabajos posteriores; también el programa para la derivación de las consecuencias jurídicas está en él esbozado (doctrinas del tipo, de la culpabilidad y del error). Quizás se hubieran evitado algunos malentendidos si me hubiese remitido después a él con más frecuencia. Teniendo esto en cuenta, el que WÜRTEMBERGER hable hoy, refiriéndose a mí, de una "vida breve de las ideas sistemáticas", no puedo sino atribuirlo, a lo

tentativa), es decir de la *concepción de la ant [juridicidad que inspira el Código*.

Sobre los demás aspectos de la vinculación del derecho con las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación y en general sobre el problema de la naturaleza de las cosas, ver mi artículo "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica". "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia". julio-agosto 1961. Ver también el artículo citado de ENGISCU.

sumo, a una información insuficiente. Que en un trabajo de treinta años de elaboración de un sistema no se acierte enseguida con todas las consecuencias jurídicas, es un riesgo que tiene que correr desgraciadamente el que acomete la tarea de deducir un nuevo sistema de un nuevo conocimiento de las cosas. A un crítico que hiciese por esta razón un reproche al autor, los antiguos griegos le habrían recordado el mito de que sólo Atenea salió acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus.

Por lo que respecta a la nueva edición, puedo repetir lo que he dicho en el prólogo de la 7ª (10ª) edición de mi Manual. Por dos razones vuelven a ocupar los delitos culposos el primer plano en la reelaboración: en primer lugar, porque con el desarrollo del tráfico en los últimos treinta años han experimentado un aumento insospechado y con ello han adquirido irremediabilmente una importancia práctica mayor de la que habían tenido hasta ahora; por otra parte, porque la crítica de la doctrina de la acción finalista se ha concentrado precisamente en la dogmática de los delitos culposos.

Aun cuando los detractores de la doctrina de la acción finalista admiten ya "que en el *dolo* la finalidad es lo jurídicamente decisivo" (SCHRÖDER) siguen creyendo, sin embargo, que quizá sea posible arrollar a la doctrina de la acción finalista desde los delitos *culposos*. Pues su conclusión parece lógica: puesto que en los delitos culposos el resultado no está producido finalmente, la doctrina de la acción finalista tiene que fracasar en ellos. Esta conclusión depende, sin embargo, de la premisa de que en el delito culposo el *resultado* sea el elemento más importante y único de lo injusto. Ambas cosas ni están demostradas, ni son ciertas. Si la premisa fuera cierta, *toda* acción -incluso la más adecuada y correcta- tendría que ser antijurídica si causa un resultado típico.

En este punto ENGISCH había observado ya, hace treinta años, la "perplejidad e inseguridad" de la doctrina de la acción causal al no poder insertar un tercer elemento esencial en su concepto del delito; un elemento que se encuentra entre la causación objetiva y la previsibilidad subjetiva del resultado y que surge enseguida si en la acción se ha observado el cuidado externo exigido (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, p. 277). Aquí se advierte que el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. *Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos*, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una "selección" dentro de él, en relación con su punibilidad (así, ya, ENGISCH, *lug. cit.*, p. 342)⁴.

⁴ WKLZICL. acentúa aquí excesivamente, a mi entender, la importancia del desvalor de la acción. Con éste queda ya constituido, según él, lo injusto de los delitos culposos. El resultado causado pertenece al tipo de lo injusto, pero cumple sólo una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según WKLZICL, a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional "de que la cosa no es tan grave, cuando todo ha terminado bien" (ver WKLZICL. *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, p. 21). No cabe duda de que con la falta de observancia del cuidado objetivamente debido queda infringida ya plenamente la norma de los delitos culposos. Esta norma no puede ser una prohibición de causar un determinado resultado, sino un mandato de observar el cuidado necesario en el tráfico para evitar la lesión del bien jurídico. Toda conducta que infrinja este mandato es ya, sin duda, antijurídica, pero con ello no ha quedado todavía constituido plenamente lo injusto material del delito culposo. Si lo injusto material de los delitos culposos quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción, no se explicaría por

La estructura concreta de la acción pasa a ocupar también con ello, el centro de la relevancia jurídica en los delitos culposos. Así como en los delitos dolosos la tentativa fue el escollo en que fracasó la doctrina de la acción causal, en los delitos culposos fracasa en el *desvalor de la acción*, que se determina en función del cuidado objetivo.

El problema esencial, primario, de los delitos culposos consiste en la constatación de la acción típica. descrita sólo en la ley de un modo incompleto y no en el *nexo* causal (en la causación del resultado), ni en la culpabilidad. En la nueva edición se intenta elaborar los criterios con que el juez pueda fijar en cada caso las conductas típicas, descritas sólo de un modo incompleto en los tipos legales. Con ello se lleva también a sus últimas consecuencias en los delitos culposos la idea fundamental de la doctrina de la acción finalista. de que el *desvalor de la acción es* "la cualidad desvalora -tiva decisiva e imprescindible del delito" (NOWAKOWSKI) . Si esta vez se ocupa también únicamente de los delitos de *acción*, esto está más que nunca justificado, por haber deducido, mientras tanto, las consecuencias de

qué se exige que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido. Debería bastar con que existiera un vínculo causal entre el resultado y la acción antijurídica. El resultado aparecería entonces como una condición objetiva de punibilidad y no pertenecería al tipo. La exigencia de que la lesión del bien jurídico sea consecuencia de la inobservancia de la norma no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto (asi. WIÍL./EU Fahriässigleil und *Verkehrsdelikte*, p. 21), sino que es, a mi juicio, una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente *constituido* lo injusto de los delitos culposos. (SI;A-KKZ MONTES ha subrayado también recientemente la inconsecuencia de WICLZICL en este punto; ver *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1 963. ps. 75 y ss.).

la doctrina de la acción finalista para los *delitos de omisión* la profunda monografía de Armin KAUFMANN sobre la *Dogmatik der Unterlassungsdelikte* {*Dogmática de los delitos de omisión*), 1959.

HANS WELZEL

Bonn, Navidades de 1960.

CAPÍTULO PRIMERO EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN

§ I. LA ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DE LA ACCIÓN

WELZKL, Z.Str.W. 51. ps. 703 y ss.; 58. ps. 491 y ss.: N.
HARTMANN, *Ethik*, 3ª ed., ps. 191 y siguientes.

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.

Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello -dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad, "ciega".

Para aclarar esto me remito a la diferencia existente entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por otro; en el asesinato todos los actos están dirigi-

dos en función del fin prefijado: la compra del arma, el acechar, apuntar, apretar el gatillo, mientras que en el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes.

Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura *objetivamente* el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción.

1. La dirección final de una acción se realiza en dos fases, que en las acciones simples se entrecruzan:

a) la primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con: a) la *anticipación del* (el *proponerse* el) *fin* que el autor quiere realizar. A ello sigue -a partir del fin- β) la *selección de los medios necesarios para su realización*. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de la acción). Este proceso mental se llama "de retroceso" porque el fin ya está determinado y desde él se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción.

Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El fin representa sólo un *sector* de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios

yi tiene que *considerar* también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin. *Este* proceso mental *no* se realiza ya *hacia atrás*, desde el fin, sino *hacia delante*, desde el factor causal elegido como medio hacia los efectos que tiene o puede tener. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda *evitarlos*.

La voluntad de la acción, dirigida a la realización *delfin*, se dirige aquí también, al mismo tiempo, *a evitar* los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de estos efectos puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de ellos, bien porque considere *segura* su producción en caso de utilizar estos medios, o bien porque *cuenta* al menos con ella. En ambos casos la voluntad final de realización comprende también los efectos concomitantes (ver, a este respecto, mi Manual, Cap. 13, I, 2).

b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, el autor *lleva a cabo* su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar.

Ejemplo tomado de la sentencia del BGH (Tribunal Federal) 7, 363: A y B quieren robar a X, después de reducirlo a la impotencia. Para ello piensan, en primer lugar, como medio, en un cinturón, que quieren atar al cuello de la víctima. Como prevén, sin embargo, que con tal conducta la víctima puede morir estrangulada y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el que deben aturdiría. Al principio ejecutan el hecho de este modo;

su realización va dirigida, pues, tanto a la consecución del fin (el botín), como a *evitar* el efecto concomitante (la muerte de X). Al no poder aturdir a X con el saco de arena, sin embargo, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento y dejan luego el cinturón abrochado con la hebilla en torno a su cuello mientras recogen el botín. Al aflojar después el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que al utilizar este medio contaban con el resultado mortal, como lo demuestra su plan originario, su voluntad de realización de esta forma concreta del hecho se extiende también al efecto concomitante. Los autores han modificado aquí la dirección originaria de la acción, que trataba de conseguir el fin *evitando* la muerte de X, incluyendo en su voluntad de realización el efecto concomitante posible, como parte del resultado total que tiene que ser realizado para conseguir el fin.

La segunda fase de la dirección final se desarrolla en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y de los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real -por ejemplo, el resultado no se produce por cualquier causa- la acción final correspondiente queda sólo *intentada*.

2. Es preciso tener en cuenta, a este respecto, que sólo han sido producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final. Éste es siempre el caso en el fin y en los medios; en los efectos concomitantes, en la medida en que el autor había *contado* con su producción y los había incluido, por ello, en su voluntad de realización. Todos los demás efectos (concomitantes), que no estaban comprendidos en la voluntad final de realización, porque el autor no había pensado en ellos, o había confiado en que no se produjeran, se realizan de un modo puramente causal.

La enfermera que, sin sospechar nada, pone una inyección de morfina demasiado fuerte, de consecuencias mortales, realiza, sin duda, una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. El que para ejercitarse, dispara contra un árbol, detrás del cual se encuentra un hombre -al que no ve- y mata a este hombre, hace, sin duda, un disparo final de entrenamiento, pero no realiza una acción final de matar. En ambos casos, la consecuencia ulterior, no querida (la muerte), ha sido producida de un modo causal, ciego, por la acción final.

La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera "voluntariedad". La "voluntariedad" significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. En este sentido, la enfermera y el tirador, en los casos mencionados, realizan también "actos voluntarios", si se hace mentalmente abstracción del contenido de su voluntad.

Si se quiere comprender, sin embargo, la acción, más allá de su característica (abstracta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su *contenido*, sólo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido. El acto voluntario de la enfermera es sólo *final* en relación con la inyección, el del tirador en relación con alcanzar el árbol, pero de ninguno de los dos respecto a la muerte de un hombre. A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un *contenido* determinado.

La confusión de la voluntariedad y la finalidad se advierte claramente en MEZGER, LK (8ª ed., p. 8). Sobre el concepto de voluntariedad, ver MEZGER 109, nota 13. Un movimiento corporal y sus consecuencias pue-

den "ser causados voluntariamente, es decir, por la voluntad y no ser queridos, sin embargo, en su contenido. (. . .) El movimiento corporal y *todo* resultado ulterior son causados por la voluntad", con indiferencia de que sean queridos o no en su contenido.

No hay, por ello, acciones finales en sí, o "en absoluto", sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización. Esta relación con determinadas consecuencias producidas voluntariamente es la que caracteriza a una acción final, por ejemplo, como "construir", "escribir", "matar", "herir", etcétera. A este respecto es indiferente, para el sentido de la acción final, que la consecuencia producida voluntariamente represente, en la estructura total de la acción, el fin deseado, el medio utilizado, o incluso un mero efecto concomitante, comprendido por la voluntad de realización.

Una acción final de *matar* se da no sólo en caso de que la muerte fuera el fin de la conducta voluntaria, sino también cuando era el *medio* para un fin ulterior (por ejemplo, para heredar al muerto), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización (por ejemplo, la muerte por asfixia de X en el caso antes mencionado). Una acción final puede tener, por ello, un sentido múltiple, por su relación con las diferentes consecuencias producidas voluntariamente.

Así, la acción del ejemplo antes mencionado es: en relación con el fin perseguido, una lesión de la propiedad; en relación con el medio utilizado, una privación de libertad; y en relación con el efecto concomitante, producido para lograr el fin, una acción de matar.

La dirección final se extiende también, naturalmente, a la realización externa de la acción, de modo que el "resultado" de la dirección final puede agotarse en la simple actividad; montar a caballo, hacer gimnasia, bailar, esquiar, etc., son actividades dirigidas fi-

nalmente, del mismo modo que las acciones deshonestas, jurar, etcétera.

La dirección final de una acción no se ve, por otra parte, menoscabada, sino al contrario favorecida, por el hecho de que muchos de nuestros movimientos corporales se hayan hecho automáticos por su constante ejercicio; pasear es también una actividad dirigida finalmente, aunque no necesitemos ya dirigir cada paso como el niño pequeño (ver, sobre todo, cap. VII, i y 2)⁵

El análisis de la dirección final que acabamos de realizar afecta a la dirección de la *realización* de la voluntad (dirección de la acción). Sobre la dirección final de la *formación* de la voluntad (dirección de los impulsos) -que no debe ser confundida con la anterior- ver cap. VI, § I, 2.

§ II. LA ACCIÓN EN LAS NORMAS DEL DERECHO PENAL

La estructura final de la conducta humana tiene que ser tomada en cuenta necesariamente por las normas del derecho penal. Las normas jurídicas, es decir, *las prohibiciones y los mandatos* del derecho, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a las *acciones*, que pueden configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta *final*. Las normas se diferencian según las acciones que prohíben u ordenan.

⁵ La automatización de nuestros movimientos corporales facilita, sin duda, la dirección final de las acciones, pero abre también la posibilidad (ver la nota 1) de conductas no finales. cuando el movimiento corporal automático no va acompañado de una representación *achia!* de fines. En el mismo sentido JKSKCK. *Der strafrechtliche Handhincjsbegriff in doqmenge-schichtlicher Entwicklung*. Festschr. f. Eb. Schmidt, p. 148.

1. El grupo más importante de normas se refiere a aquello que el autor quiere realizar con su acción. Prohíben las acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir una situación o proceso (= "resultado") socialmente no deseado, ya sea este resultado el fin, el medio, o un efecto concomitante de la acción; por ejemplo, una acción de matar, unas lesiones corporales, un incendio, una acción deshonesta contra la naturaleza, etcétera. Estas acciones son los delitos dolosos de comisión; en ellos la producción final de un resultado, socialmente no deseado, está *prohibida*, pero es *realizada*.

2. Un segundo grupo de normas se refiere a la forma de selección y aplicación de los medios, con indiferencia de los fines que quiera realizar el autor. Exigen en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final: "el cuidado necesario en el tráfico", con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. El que, por ejemplo, conduce un coche o limpia una ventana, realiza una acción que no va dirigida a la producción de resultados socialmente no deseados.

El ordenamiento jurídico *exige*, sin embargo, que tales acciones sean dirigidas también con "el cuidado necesario en el tráfico" con el fin de evitar efectos concomitantes no deseados (por ejemplo, la lesión de transeúntes) y *prohíbe* las acciones si el autor no puede realizarlas conforme al cuidado exigido. Estas acciones son los delitos culposos de comisión. En ellos la medida mínima, adecuada al tráfico, de dirección final, para evitar el resultado no deseado, es *exigida*, pero no *aplicada*.

Sobre las normas de los delitos culposos, ver KAUFMANN, *Normentheorie*, ps. 284 y siguientes.

3. Un tercer grupo de normas *exige* la realización de acciones para *evitar* resultados socialmente no desea-

dos. Estas normas quedan observadas con la realización de la acción exigida e infringidas con la omisión de dicha acción. Sobre ellas, ver mi Manual, Capítulos 25-27.

§ III. DOCTRINA DISCREPANTE: EL CONCEPTO CAUSAL DE LA ACCIÓN

Así, la doctrina que llegó a ser dominante a fines del siglo XIX: BELING, *Grundzüge*; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, 1904: v. LISZT, *Lehrbuch*: una visión de conjunto en MEZGER, 108: I, 47 y ss.; SCHÖNKE-SCHÖRÖDER. nota previa II. Sobre la crítica, ver WELZEL. Z 51. 703 y ss.: 58. 491 y ss.; v. WEHER. *Zum Aufbau des Strafrechts Systems*, 1935: Gr. 54 y ss.; MAURACH, A. T., ps. 126 y siguientes. Sobre la polémica en torno al concepto finalista de la acción, ver ENGELHART en *Probleme*, ps. 141 y ss.; replica en la 2ª ed. ps. 24 y ss.; BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, ahora: *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, ps. 151 y ss.; sobre esto, WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949; R. BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950; sobre esto NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951; GALLO, *IM. teoria dell'azione finalista*, 1950; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano* (1950) II, ps. 299 y ss.; sobre esto WELZEL, "Riv. Italiana di Diritto Penale", 1951; SANTAMARÍA, *Pros-pettive del concedo finalistico di azione*, 1955; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *IM. doctrina de la acción finalista* ("Anales de la Universidad de Valencia", t. 27, 1953-54); sobre esto, CEREZO, Z Str. W 71, 44 y ss.; RUTLER, *Jur. Blätter* (Wien) 1955, ps. 613 y ss.: sobre esto, WELZEL, JZ 56, 316; NIESE, JZ 56, 457; NOWAKOWSKI. JZ 58, 335, 388.

1. *La doctrina de la acción causal*

Bajo la influencia de las corrientes mecanicistas en las ciencias de la naturaleza de fines del siglo XIX

surgió, en la misma época, en la ciencia del derecho penal, una doctrina que desgarró la acción en dos partes: el proceso causal externo ("objetivo"), por un lado y el contenido de la voluntad, "meramente" subjetivo, por otro.

Según esta doctrina, "la acción" debe ser el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el "impulso voluntario", o la "enervación") en el mundo exterior (= efecto de la voluntad), con independencia de que el autor lo haya querido o incluso pudiera preverlo (= contenido de la voluntad).

Como escribía RADBRUCH (1904), hay que "admitir aquel concepto amplio de acción, que exige únicamente la relación de *causalidad* entre la voluntad y el hecho y remite *completamente* a la culpabilidad el problema de cuál era el *contenido* del querer; aquel concepto, por consiguiente, según el cual, la acción no es un movimiento corporal caracterizado de algún modo, sino sólo *causado* de una manera determinada (a saber, por un acto de voluntad consciente)" (RADBRUCH, *Handlungs-hegriff*; p. 130).

Acción es, según esto, todo movimiento corporal *causado* por un acto voluntario y se entendía, a este respecto, por "voluntario", todo acto "que, libre de la presión mecánica o psicológica, esté motivado por representaciones" (v. LISZT, Lb. Cap. 28, I). Por "querer" debía entenderse también "únicamente el impulso de la voluntad", que es definido "fisiológicamente como enervación, psicológicamente como aquel proceso de conciencia" "por el que ponemos causas" (v. LISZT. lug. cit.).

Estas concepciones fueron resumidas por MEZGER (1932) en las siguientes frases: "A la doctrina jurídi-co-penal de la acción le interesa sólo saber qué es lo que ha sido causado por la voluntad del que actúa, qué es lo que se ha producido como 'efecto' del querer. Todos estos efectos son partes integrantes de la acción. Si

y hasta qué punto, estos efectos han sido contenido de la conciencia y la voluntad del autor, carece aquí de relevancia; (. . .) este problema no guarda relación con el concepto de la acción (. . .). Para constatar la existencia de una acción basta la certidumbre de que el actor ha actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es sólo relevante para el problema de la culpabilidad" (MEZGER, ps. 108 y ss., siguiendo a BELING, *Grundz*, Cap. 14 y RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 129).

El contenido de la voluntad es sólo el "reflejo" subjetivo del acontecer causal externo en el alma del autor (MEZGER, *Moderne Wege*, p. 27).

En un principio LISZT había concebido la acción de un modo completamente naturalístico, como "una modificación material, por insignificante que sea, del mundo exterior, perceptible por los sentidos" y concebía, por ejemplo, la injuria, como una producción de vibraciones de aire y excitaciones nerviosas (Lb., 2ª ed., p. 107). Ver, también, KITZINGER, *Ort und Zeit im Strafrecht*, 70.

La doctrina dominante se ha apartado, también, de este naturalismo extremo y concibe la acción como una modificación causal de la realidad *social*. Por ello es conveniente hablar, en lugar de un concepto "naturalístico", de un concepto causal de la acción.

2. Crítica de la doctrina de la acción causal

El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario *cualquiera* ("acto voluntario"). Desconoce que toda acción es una *obra* (más

o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal.

El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero "reflejo" del proceso causal externo en el alma del autor.

Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre la voluntad y la acción. Esto se advierte, con gran claridad, si se sigue el desarrollo de la acción desde la tentativa a la consumación. En la definición de la tentativa fracasa ya la doctrina de la acción causal. Pues la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo. ¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar a un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción.

La doctrina de la acción causal no ha podido objetar nada a este argumento. También MEZGER admite ahora "que tanto en la tentativa como en la consumación, la resolución de voluntad pertenece al tipo de la acción" (LK, 8ª ed., p. 15); niega, sin embargo, todavía que el contenido de la voluntad pertenezca al "tipo de lo injusto" (que al parecer debe ser distinto del tipo de la acción); ver, a este respecto, cap. III, § I.

La doctrina de la acción causal no puede conseguir, por ello, un concepto *social* de la acción, con un

contenido determinado; no puede decir qué es en sentido social una acción de *matar*, de *apoderarse* de una cosa, una *coacción*, una acción de *engañar*, etcétera. Define la acción como un acto voluntario con un proceso causal subsiguiente.

Ahora bien, como las consecuencias causales de un acto voluntario (como en todos los procesos causales) son, en principio, ilimitadas, este concepto de la acción no es pasible tampoco de delimitación: incluso el engendrar a *un* asesino tendría que ser una acción de matar, puesto que es un acto voluntario que fue causa de la muerte posterior de un hombre; como ha deducido EB. SCHMIDT (*Frank-Festg.* II, 119), con toda razón. Sólo mediante la referencia *final* a un *determinado* resultado querido (como fin, medio, o efecto concomitante), es posible definir lo que es una acción de "matar", de "apoderarse" de una cosa ajena, una "coacción", una acción de "engañar", etc.; sólo así se obtiene un concepto social de la acción, con un contenido determinado.

Parece haberse olvidado hoy, cuando se contrapone a la doctrina de la acción finalista un concepto "social", que uno de los propósitos fundamentales del finalismo, desde sus comienzos, fue la comprensión de la acción como un fenómeno *social*. La acción, como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista. Sobre este problema, con todo detalle, mis *Studien zum System des Strafrechts*, Z 58 (1938), ps. 494 y siguientes. Ver también, GALLAS, Z 67, 14, nota 40 a.

El punto de partida erróneo de la doctrina de la acción causal tiene consecuencias de gran trascendencia en la doctrina del delito:

a) En los delitos *dolosos* desconoce que el *dolo* es una especie de la voluntad final de realización, a saber la voluntad final de realización de las "circunstancias de hecho de un tipo legal"; que el dolo, por

consiguiente, como *elemento de la acción*, es ya una parte integrante de la *acción* típica y que ésta se compone, por tanto, de elementos objetivos (externos) y subjetivos (ánimicos).

Al excluir al dolo del tipo y desplazarlo a la culpabilidad, desgarrar no sólo la unidad interna del tipo objetivo y subjetivo, sino incluso el mismo tipo subjetivo; pues desde el reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto, admite en el tipo algunos elementos subjetivos (intenciones, tendencias). Sin el dolo, estos elementos están allí en el aire, sin embargo (ver cap. III, § I).

¿Cómo podría existir el ánimo de lucro, en el art. 242, sin el dolo en relación con el carácter ajeno de la cosa? La sentencia errónea del BGH, 5, 47, pone de manifiesto, de un modo muy instructivo, cómo queda destruida la coherencia y el sentido del tipo de la receptación, si se excluye de él al dolo. Ver, sobre ello, WELZEL, JZ 54, 128.

En la *antijuridicidad* desconoce que su objeto no es el mero proceso causal externo (especialmente la lesión del bien jurídico), sino todo el hecho, integrado por elementos objetivos y subjetivos. Por ello no puede insertar, con sentido, los elementos subjetivos de lo injusto en la doctrina de la antijuridicidad, ni comprender los elementos "subjetivos-personales" de la antijuridicidad (ver cap. III, §1).

Sobre las consecuencias erróneas en la doctrina de la participación y en la de la culpabilidad, ver cap. VIII, A, §11, 1, y mi Manual, Cap. 16, I, 2.

b) La doctrina de la acción causal no permite comprender tampoco los delitos *culposos*, aunque haya considerado durante mucho tiempo que éste era su "campo". Desconoce que la parte esencial, para el derecho penal, del hecho culposo, no consiste (tampoco) en el *resultado* causado por un acto voluntario (así, por ejemplo, MEZGER, I, 4^a ed., 45), sino en la *acción*

defectuosa, por consiguiente no en el desvalor del *resultado*, sino en el desvalor de la *acción*.

Esto se puede demostrar rápidamente por medio de un ejemplo: los coches de A y B -que circulan en direcciones contrarias- chocan en una curva sin visibilidad; A y B resultan con lesiones corporales. Cada uno de ellos ha causado aquí, sin duda, mediante un acto voluntario (el conducir su coche) la lesión del otro; lo "esencial" para el delito culposo no consiste, sin embargo, en la mera causación de la lesión del otro, sino en las características de las acciones realizadas por A y B. Si B, al conducir, se había mantenido en el lado derecho de la carretera, mientras que A había "cortado", hacía la izquierda, la curva carente de visibilidad y había chocado, por *ello*, con B, sólo la acción de A tendrá relevancia para un delito culposo, aunque la acción de B fuera asimismo una causa de la lesión de A. La acción de A era *antijurídica*, porque su forma de conducir no correspondía al cuidado necesario en el tráfico, mientras que la acción de B era *jurídica* por la razón inversa.

Aquí se advierte que el elemento decisivo de lo injusto en los delitos culposos es también el desvalor de la *acción* y no el mero desvalor del *resultado*; éste tiene sólo el sentido de un elemento adicional (y precisamente restrictivo) de lo injusto".

La doctrina de la acción causal resulta, así, insuficiente para explicar el elemento decisivo de la antijuridicidad de los delitos culposos: pues ¿cómo se querría encontrar en las dos acciones los criterios

⁶ El desvalor de la acción es, sin duda, el desvalor esencial del delito culposo, pues la causación del resultado es sólo antijurídica si se produce como consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido. El resultado (lesión o peligro del bien jurídico) no es, sin embargo, a mi juicio, un elemento meramente adicional o restrictivo, sino *constitutivo de lo injusto* de los delitos culposos (ver nota 4).

decisivos para el *valor* o el *desvalor de la acción*, si se las considera únicamente como *procesos causales* desencadenados por un acto voluntario y no se atiende a su dirección concreta? La doctrina de la acción causal tendría que conducir, consecuentemente, a la consideración extraña de que B, en el caso mencionado, ha causado *antijurídicamente* la lesión corporal de A y que sólo queda excluida la *culpabilidad* (por falta de la infracción del cuidado debido).

ENGISCH ha llamado ya la atención (1930) sobre esta "perplejidad e inseguridad" de la doctrina de la acción causal, que obliga "a considerar típica, toda conducta que represente una condición del resultado, mientras no esté especialmente justificada" (no se trata, por tanto, de una interpretación equivocada por parte de la doctrina de la acción finalista, como se intenta decir hoy). Ver ENGISCH. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, ps. 277 y siguientes.

ENGISCH había observado ya, igualmente, que en la doctrina dominante de la culpa falta "un tercer elemento, muy esencial", que está situado *entre* el nexo causal y la culpabilidad. Si la doctrina de la acción causal elabora, en este sentido y para evitar aquella consecuencia extraña, la doctrina del "riesgo permitido", según la cual la acción de B es jurídica, con ello viene sólo a confirmar la opinión que aquí se sustenta: pues la *acción* es jurídica a pesar de la causación del *resultado*, por la forma especial en que persigue -observando las medidas de cuidado- fines necesarios, socialmente deseados.

AJ comprender que en el riesgo permitido la conducta es jurídica, la doctrina tradicional ha dado el primer paso del desvalor del resultado al desvalor de la acción (del mismo modo que dio este paso en los delitos dolosos en el momento en que descubrió en la *resolución* delictiva de la *tentativa* un elemento subjetivo de lo injusto). Al comprender la significación del

desvalor de la *acción*, ésta pasa a ocupar también el centro de los delitos culposos; pues el enjuiciamiento del valor o el desvalor de la acción depende decisivamente de la configuración de la acción concreta. El desvalor de la acción, decisivo para los delitos culposos, consiste en la divergencia de la dirección real de la acción por el autor y la dirección exigida por el derecho.

La doctrina de la acción causal fracasa, ante todo, en relación con la conducta *exigida* -que ha de ser comparada con la acción final llevada cabo realmente- por consiguiente, en relación con aquella conducta que responde "al cuidado necesario en el tráfico". La determinación de cuál era la conducta *exigida* ("apropiada", o "conforme al cuidado"), en la situación concreta, es una tarea judicial, lo mismo que la constatación de la conducta que ha llevado a cabo realmente el autor (ver OLG, Celle, NJW 55, 1772). Pero, ¿cómo puede realizar el juez la determinación de la conducta exigida, si debe entender sólo por "acción" un proceso causal desencadenado por un acto voluntario y no un acontecer dirigido por la voluntad?

Con la comprensión de que el elemento decisivo de lo injusto de los delitos culposos es el desvalor de la acción, la doctrina de la acción causal queda también superada en el ámbito de los delitos culposos.

Ver, sobre toda esta materia: Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (Schriftenreihe d. Jur. Studienges. Karlsruhe, 1961).

3. *Objeciones de la doctrina de la acción causal a la doctrina de la acción finalista*

Con las explicaciones anteriores quedan rebatidas casi todas las objeciones de la doctrina de la acción causal a la doctrina de la acción finalista. Sobre las objeciones más antiguas, que se basaban en parte en

malentendidos evidentes, me remito a las ediciones anteriores de este libro.

La crítica más reciente va en dos direcciones: a) La doctrina de la acción finalista desconoce el propósito de la doctrina de la acción causal, al describir la doctrina tradicional "de un modo apenas comprensible". Ésta no ha negado nunca la finalidad como elemento esencial de la acción, sino que basa también su concepto en la voluntariedad (NOWAKOWSKI, JZ 58, 393; del mismo modo MEZGER, *Rittler-Festschrift*, ps. 119 y ss.).

Este reproche debería quedar ya rebatido con las pocas citas que he hecho antes de los principales escritos programáticos de la doctrina de la acción causal. Que en su tiempo no fueron entendidas de otro modo lo demuestran, de modo convincente, las críticas de Adolf MERKEL (*Lehrbuch*, 1889, ps. 28 y 71; MERKEL-LIEPMANN, *Lehre vom Verbrechen und Strafe*, 1912, ps. 25, 86 y ss.) y M. LIEPMANN (*Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 59), que no pudieron imponerse entonces a causa del estado en que se encontraba la doctrina de la culpabilidad.

La verdad es que se intenta dar hoy a los antiguos conceptos, en forma *retrospectiva*, un contenido, que antes había sido cuidadosamente eliminado de ellos. Si MEZGER, *lug. cit.*, no quiere subsumir ya hoy las consecuencias no queridas de la acción en el concepto de "voluntariedad", esto no es una interpretación, sino una desviación completa de sus explicaciones en Lb. 109, nota 13 (ver también lo que hemos dicho en este cap., § I, 2).

Ahora bien, aceptaría tranquilo el reproche de no haber entendido bien algo, si estuviésemos al menos de acuerdo en que la doctrina de la acción causal, descrita por mí, está superada, con indiferencia de que mi descripción sea correcta o falsa. Que no cabe pensarlo, desgraciadamente, lo ponen de manifiesto las explicaciones más importantes de la aguda crítica de

NOWAKOWSKI: "También con la referencia a la voluntariedad se dice que la acción es dirigida por la voluntad. Se prescinde únicamente de la representación de los fines de esta dirección" (JZ 58, 391).

La segunda frase contradice a la primera: "Una dirección de la acción" *prescindiendo* de la representación de los fines es una contradicción, como "el guía ciego de los ciegos". Una dirección de la acción es sólo posible desde las "representaciones de los fines", debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que forma parte de las "representaciones de los fines", no sólo la anticipación del fin último de la acción, sino también la de los diversos actos que hay que realizar para conseguir el fin.

La introducción de las "representaciones de los fines" en la acción "después, en la rúbrica de la culpabilidad", una vez que se ha desarrollado, "primero", la acción, sin ellas, ciegamente, es demasiado tardía y se convierte a la representación de los fines en mero "reflejo". o en un espectador posterior de un proceso causal ciego. Esta es, sin embargo, la quintaesencia de la doctrina de la acción causal, destacada y combatida desde el principio por la doctrina de la acción finalista.

Si se considera en la "dirección de la acción, según las representaciones de los fines", no sólo el fin último, sino también los fines intermedios, es decir, los diversos actos de ejecución de la acción, desaparece, asimismo, la "cuadratura del círculo", ante la que se ve, supuestamente, la doctrina de la acción finalista en las acciones culposas⁷. En éstas, el *fin último*-

⁷ La referencia de WICLZIŁ a los "fines intermedios" de la acción es poco afortunada, pues puede dar lugar a la creencia equivocada de que pretende "atomizar" la dirección final. Al quedar ésta desligada del fin último, quedaría destruido el nexo final (en este sentido tienen razón JICSCIH-XK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. Festschr. f. Eb. Schmidt, p. 149. y Arthur KAUFMANN. *Das Schuldprinzip*. ps. 172 y ss.). WICLZKL no quiere

mo es normalmente irrelevante, pero no lo es la ejecución (total) de la acción (por lo cual, la definición de la acción culpable, como acción con finalidad jurídicamente irrelevante inducía a error).

En el ejemplo antes citado, el fin de A, de llegar rápidamente al lugar más próximo, es, sin duda, jurídicamente irrelevante, pero el *modo* en que trató de realizar el fin, es decir, el *modo* como dirigió los diversos actos, el cortar hacia la izquierda la curva sin visibilidad, es jurídicamente relevante, a causa del mayor peligro de un choque con coches que circulen en la dirección contraria, con indiferencia de que al emprender su acción haya pensado o no en este peligro; y no sólo el que haya cortado la curva, sino la *medida* en que lo haya hecho, tiene una importancia decisiva para la *gravedad* del desvalor de la acción.

Aquí se pone claramente de manifiesto que: no una acción "cualquiera" (que condicione el resultado), sino precisamente esta acción, de estas o aquellas características (que se distancie más o menos de la conducta exigida) constituye la base objetiva para la valoración de la antijuridicidad en la culpa. No es posible prescindir, ni siquiera "provisionalmente", de estas características de la acción (como presupuesto de su antijuridicidad). (Se prescinde sólo provisionalmente del problema, de si el autor hubiese podido conocer la desviación de su acción de la conducta exigida: este es el problema, ulterior, de la culpabilidad).

"atomizar", sin embargo, el nexo final, sino únicamente subrayar que la acción final (real) llevada cabo por el autor es relevante para el derecho penal, *no* por el *fin*, pero si por los *medios* elegidos y por la *forma de su utilización*. La dirección final, real, de la acción (referida al fin último) no coincide con la dirección final exigida por el derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos (ver mi artículo *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*, separata del "Anuario de Derecho Penal". 1959. ps. 7 y 10).

La doctrina de la acción causal se encuentra ante la "cuadratura del círculo", para encontrar en su concepto vacío de acción un lugar para el imprescindible desvalor de ella⁷¹ s.

⁷¹ Aquí se advierte, con toda claridad, la diferencia existente entre el concepto causal y el finalista de la acción: y esta diferencia deriva de haber subrayado la doctrina de la acción finalista la función esencial de la resolución de la voluntad en la dirección y configuración de la acción. El concepto causal de la acción sólo nos dice que *hubo* acción -por existir una manifestación de voluntad- (y en el resultado coincide hasta aquí con la doctrina de la acción finalista), pero no nos dice *qué* acción (ni nos da información alguna respecto de sus características o circunstancias) y no permite deslindar tampoco la acción de los procesos puramente naturales. Las consecuencias *no* queridas de la acción quedan fuera del nexo final y su producción es un proceso meramente natural. Aun que tengan su arranque en un movimiento corporal voluntario. El concepto causal de la acción no puede -sin negarse a sí mismo- deslindar la acción de los procesos meramente naturales. *precisamente* por prescindir del *contenido* de la voluntad. No me parece correcta, por ello, la objeción de que la acción causal coincida con la acción final en su valor funcional; ver. por ejemplo, en este sentido. RODRÍGUEZ MUÑOZ. *La doctrina de la acción finalista*, p. 132; Arthur KAUFMANN. *Das Schuldprinzip*. 1961. p. 173; y GIMUBRNAT, *La causalidad en derecho penal*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1962, ps. 550 y siguientes. La inclusión del dolo o del cuidado objetivamente debido en el tipo no puede hacerse consecuentemente partiendo del concepto causal de la acción.

⁸ La doctrina de la acción finalista permite, sin duda, una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos culposos. a pesar de haber encontrado, precisamente en estos delitos, sus mayores dificultades (ver mi artículo. *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema de derecho penal*, separata del "Anuario del Derecho Penal", 1959). La dificultad insalvable de la doctrina de la acción finalista en los delitos culposos consiste en que el resultado no pertenece a la acción llevada a cabo por el autor. El resultado queda fuera del nexo final, pues no estaba incluido en la voluntad de realización y en muchos casos (culpa inconsciente) no había sido ni siquiera previsto. No cabe resolver tampoco esta dificultad median-

b) Con arreglo a la segunda objeción, el concepto de la acción finalista, aquí desarrollado, sería un concepto "final-subjetivo", puesto que determina el sentido social de una acción, demasiado unilateralmente, en función de la voluntad individual; el sentido de una acción, sin embargo, debe ser siempre determinado de un modo objetivo. EES. SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht* P- 75, nota 29; MAYER, p. 44.

Para poder tomar posición ante esta objeción, lo mejor es partir del siguiente ejemplo: en una disputa entre A y B, A toma un cuchillo y le da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en

te el criterio de la finalidad potencial. Si se refiere este criterio a la capacidad del autor y se define la acción culposa como "causación que era evitable mediante una actividad final" (así. antes. WICLZICI., en *Das deutsche Strafrecht in seinen Gmndzügen*, 1949), se anticipa, al mismo tiempo, la valoración de la culpabilidad (o al menos de elementos básicos de ella). En este sentido. MEZGICR, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmalik*. ps. 18 y ss.; NIKSIC, *Finalitcü. Vorsatz und Fahrlässigkeit*. ps. 40 y ss., y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, "Anales de la Universidad de Valencia", XXVII, I, p. 130). Tampoco cabe resolver el problema refiriendo la finalidad potencial a la pre-visibility o evitabilidad *objetiva* (así. WICLZKL. en la 6ª ed. de *Das deutslic Strafrecht*. p. 32 y en la edición anterior de este libro, ps. 6 y ss.: ver. a este respecto, mi artículo antes citado. ps. 6 y ss. y. especialmente, las ps. 8 y 9). No es posible determinar el ámbito de lo objetivamente previsible y evitable en el plano *ontológico*. La fijación del nivel de conocimientos que ha de servir de base para determinar la previsibility objetiva no es posible sin una valoración de lo que se puede exigir. En el plano ontológico cabe determinar el ámbito de lo previsible y evitable por el *individuo* (ver Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 1959. ps. 35 y ss. y 59 y ss.), pero no de lo que es *objetivamente* previsible y evitable. La relación entre la acción final y el resultado, en los delitos culposos, no puede ser establecida, por tanto, mediante el concepto de la acción, sino sólo en la esfera *valorativa* y concretamente en los tipos de lo injusto.

un peligro grave, es salvado. (Para destacar aún más claramente el *tertium comparationis*, puede situarse la pelea en una clínica, entre dos enfermeros, llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico.)

El sentido social de la acción de A es completamente diferente del de una intervención quirúrgica. externamente igual, aun cuando objetivamente se produzca el mismo resultado, el restablecimiento de la salud de B: a pesar del resultado curativo, objetivo, es una tentativa de lesiones.

Este ejemplo muestra claramente que el sentido social de una acción está determinado *también* por la voluntad final del autor. El sentido social de una acción se determina no sólo según el resultado, sino *también* según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción. Ninguna doctrina de la acción puede ignorar este hecho.

Esto es cierto también en sentido contrario, si la voluntad no va dirigida hacia el resultado que causa la acción: la operación desafortunada, realizada por un médico, que tiene por consecuencia la muerte del paciente, es *toto coelo* diferente, en su sentido social, ele la acción de un "chulo de navaja", o de un "tirador", aunque el médico haya cometido un error profesional.

Aunque la operación fracase, sigue siendo una acción dirigida al *fomento* de la salud, que causa sólo la muerte del paciente (art. 222), mientras que las acciones del chulo de navaja o del tirador van dirigidas precisamente a producir la muerte (arts. 211-2). El dolo y la falta de dolo (culpa) no fundamentan *sólo* diferencias en la culpabilidad -esto lo hacen también, pero sólo de un modo secundario (ver cap. VIII, A, §§ I y II)- sino, en primer término, estructuras sociales diferentes de la acción.

Todo esto no significa, sin embargo, de ningún modo, que la voluntad del autor "decida" sobre el sen-

tido social de una acción -esta interpretación errónea se advierte, por ejemplo, en MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, ps. 44 y ss.- sino que la diversidad de la voluntad final es también determinante del sentido social de la acción.

Pero no ella sola. Al ser la acción final una obra, el sentido social de la acción no se determina sólo según la *voluntad*, sino también según el *resultado producido* o no producido. Según este último se determina si, y hasta qué punto, la acción realiza o no su obra: la dirección final del acontecer; si una consecuencia querida no se produce, la acción queda sólo *intentada*, en relación con ella; si se produce, se añade al valor o al desvalor de la acción un valor o desvalor, ulterior, del resultado. Si el autor procede imprudentemente en la ejecución de su acción, en relación con posibles efectos concomitantes, crea, con su defecto de dirección, un desvalor de la acción, que existe ya por sí mismo, aunque no se produzca ningún resultado (por ejemplo, si la cerilla encendida, que se arroja en el bosque seco, se apaga al caer) y al que se añade un desvalor del resultado, si a causa del defecto de dirección se produce un resultado no deseado (por ejemplo, el incendio del bosque).

La doctrina de la acción finalista, al concebir la acción humana como una obra, puede comprender *los dos* aspectos de la acción, el del acto y el del resultado (el valor o el desvalor de la acción y del resultado), mientras que la doctrina de la acción causal puede explicar sólo la causación del resultado, pero no la ejecución de la acción.

Por esta incapacidad fracasa también la doctrina "final-objetiva" (o "social") de la acción, formulada por MAIHOFER. Este mismo autor ha dicho, entretanto, de ella "que no es en verdad, propiamente, una 'doctrina de la acción', sino (. . .) una doctrina de la imputación; a saber, una doctrina de la imputación objeti-

va (causal) de resultados, cuyo criterio es 'idéntico a la teoría de la adecuación' " (Z 70, 187). Con ello confirma (sin quererlo) ¡a objeción que ya hicieron BELING, FINGER y HEGLER a un intento semejante de ZIMMERL, •de que en el llamado fin objetivo de la acción se trata de la idoneidad de ella para la causación de un determinado resultado, que aquí no está en tela de juicio la finalidad ideológica, sino la causalidad potencial" (HEGLER, *Frank-Festgabe* I, p. 282).

La teoría de MAIHOFER *no* ofrece, por ello, *sino una* nueva denominación de algo ya antiguo (la teoría de la adecuación), cuyos problemas terminan, precisamente, donde empiezan los de la doctrina de la acción: si B es herido levemente por el arma de fuego que tiene A en la mano, la teoría de la imputación objetiva nos dice que la lesión de B puede ser reconducida causalmente a la conducta de A. Pero cuál sea la *acción* realizada -tentativa de asesinato o de homicidio, lesiones dolosas, disparo en lugar habitado, lesiones culposas, o puro accidente desgraciado- esto queda más allá de la doctrina de la imputación y no puede ser determinado, de ningún modo, sin recurrir a la voluntad configuradora de la acción". Si el disparo no

⁹ Esta imposibilidad de determinar el sentido social de una acción sin atender al contenido de la voluntad del autor es la que ha movido a JESCHIECK (*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Festschr. i. Eb. Schmidt, p. 153) a excluir de su concepto social de la acción el criterio de la adecuación, es decir de la llamada "finalidad objetiva". JESCHIECK considera que la concepción puramente objetiva de lo social es "sin duda demasiado restringida, puesto que es preciso que estén comprendidas en el concepto de acción formas de conducta que reciben únicamente la finalidad de la voluntad del autor".

Acción es, para JESCHIECK, "toda conducta socialmente relevante". Conducta es, según él, "la respuesta del hombre a las limitadas posibilidades de acción que se le ofrecen (hacer u omitir)". La relevancia social de la conducta puede estar determinada, según él, por la dirección de la voluntad (finalidad).

da a B, falta entonces todo resultado que pudiera **ser** imputado a A y sin embargo, el problema de la acción se plantea del mismo modo.

Estas preguntas las deja también OEHLER sin confesar; a su construcción "de un elemento final objetivo de la acción" es aplicable aún en mayor medida lo que ya dijera BELÍNG, FINGER y HEGLER (ver OEHLER, *Das Objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959).

La objeción más importante de MAI HOFER a la doctrina de la acción finalista es también puramente terminológica: si se dice, en el ejemplo antes citado, que la enfermera no ha realizado una acción de matar, esto debería significar que la enfermera no ha "matado" al paciente (Z 70, 167).

La doctrina de la acción finalista no es, sin embargo, una teoría de las significaciones de las *palabras*, sino de la estructura *objetiva* de la acción. Del mismo modo que no tiene reparo alguno en decir, en el primer ejemplo, que el rayo "mata" a un hombre, menos reparo tiene aún en decir que la enfermera ha "matado" al paciente. Nuestros verbos designan no sólo acciones, sino también -en sentido figurado- procesos de la naturaleza y pueden ser utilizados, por ello, para designar meras causaciones de resultados.

Más dudoso es, sin embargo, el que la expresión "*acción de matar*" (y las combinaciones correspondientes

el resultado (causalidad), o la esperanza jurídica de una acción (omisión) (ob. cit. p. 151). JESCHICK llega a este concepto abstracto de acción por querer englobar en él toda forma de conducta relevante para el derecho penal: acción y omisión, conducta final y no final (!) (ob. cit. p. 140). No nos define, sin embargo, las dos formas de respuesta: la acción (en sentido estricto, que puede ser, según él, final y no final) y la omisión (no-acción). Su concepto carece, por ello, de la concreción necesaria para que pudiera ser objeto de las constataciones y valoraciones jurídicas de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

A_e verbos con el concepto de la *acción*) pueda ser definida, de modo satisfactorio, desde un punto de vista puramente *lingüístico*, en relación con el resultado producido y no, más bien, *primariamente*, en relación con la intención del autor: ¿inicia realmente una *acción de matar*, la enfermera, al poner, sin sospechar nada, la inyección peligrosa de *morfina*? ¿Si después del pinchazo se viera impedida de realizar toda actividad ulterior, habría sido aquél el comienzo de una *acción de matar*? Si un conductor de automóvil, por un descuido, hiere tan gravemente a un transeúnte, que es salvado sólo de la muerte segura por la ciencia médica, no cabe decir, sin duda, que el conductor haya iniciado una acción de matar -aunque la muerte estuvo muy próxima- siendo, en cambio, apropiada esta afirmación para la acción de un hombre que quiere matar a otro a tiros y no da, ni por aproximación, en el blanco.

Ya desde un punto de vista puramente lingüístico, la expresión "*acción de matar*" (y las combinaciones correspondientes de palabras) está más influida por la *intención* configuradora de la acción, que por el *resultado* producido. Estos problemas terminológicos carecen, sin embargo, de interés para la doctrina de la acción finalista; para ella son sólo importantes los problemas *materiales* de la estructura de la acción, insinuados sólo lingüísticamente en la diferencia de las palabras "*acción de matar*" y la "*acción causante de la muerte*" y que existirían también aunque sus *denominaciones* fueran completamente diferentes.

CAPÍTULO II

TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD DE LO INJUSTO PENAL

Una acción se convierte en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad. La acción tiene que *infringir*, por consiguiente, de un modo *determinado* el orden de la comunidad: tiene que ser "típica" y "antijurídica"; y ha de ser, además, *reprochable* al autor como persona responsable: tiene que ser "culpable".

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito. La culpabilidad -la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente, de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.

§ I. NORMA, TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

1. Si el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena las conductas insoportables para la vida comunitaria, podría hacerlo mediante una disposición su-

mámente general: el que se comporte de un modo gravemente contrario a las exigencias de la vida comunitaria será castigado, según la medida de su culpabilidad, con una pena lícita. Podría ser formulada también de un modo más moderno: "el que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado (. . .)". Una disposición penal como ésta, sumamente general, comprende, sin duda, toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter general no permite conocer qué conductas concretas están prohibidas.

Ni el ciudadano puede saber qué es lo que debe hacer u omitir, ni el juez qué es lo que debe castigar. Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que describir objetivamente la conducta que prohíbe: matar, hurtar, cometer adulterio, etcétera. Tiene que especificar la "materia" de su prohibiciones.

Esta materia de la prohibición (un concepto procedente del derecho natural escolástico) contiene la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida. Sólo gracias a la materia de la prohibición pueden conocer el *ciudadano* y el *juez* qué formas de conducta están prohibidas.

Para el derecho penal tiene una importancia especial el que se concrete el contenido de la prohibición. Pues sólo gracias a la indicación concreta de la materia de la prohibición se satisfacen las exigencias del principio *nidia poena sine lege*. Por ello, el derecho penal tiene que preocuparse, más que los restantes sectores del ordenamiento jurídico, de conseguir una descripción objetiva, lo más exacta posible, de su materia de la prohibición: tiene que ser un derecho penal "sustancial" (ver *Probleme*, ps. 101 y ss.).

La importancia esencial, para el derecho penal, de una materia de la prohibición descrita de un modo con-

creo, ha sido reconocida en la moderna ciencia de] derecho penal desde BELING (*Lehre vom Verbrechen*, 1906), mediante el requisito de la "tipicidad" de la conducta punible. El "tipo" es la materia de la prohibición de las disposiciones *penales*; es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal¹⁰.

¹⁰ Esta equiparación del tipo y la materia de la prohibición me parece discutible. El derecho no puede prohibir la causación de un determinado resultado, sino sólo la realización de acciones dirigidas o que lleven consigo la posibilidad (peligro) de la lesión del bien jurídico (ver mi artículo *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*, separata del "Anuario de Derecho Penal", 1959, p. 11). El resultado *real*, es decir la producción *efectiva* del resultado, no puede pertenecer, por tanto, a la materia de la prohibición (o del mandato) y no sólo en los delitos culposos (como señalé ya en mi artículo citado), sino también en los delitos dolosos (ver, en este sentido, STRATTON-CRAWFORD, *Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, separata de la *Zeitschrift für Strafrecht*, 1963, las. 3. p. 245). No me parece viable, sin embargo, excluir el resultado del tipo de lo injusto. Lo injusto criminal queda sólo plenamente *constituido*, a mi entender, *cuando* al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (en el mismo sentido, STRATTON-CRAWFORD, *loc. cit.*, p. 50 y ss.; su argumentación, desde el concepto de la pena -como expiación- y de la culpabilidad no me parece, sin embargo, convincente). STRATTON-CRAWFORD no parte del concepto usual de culpabilidad, como reprochabilidad de lo injusto, sino que identifica culpabilidad con responsabilidad. Ésta está, sin duda, influida por la producción (o gravedad) del resultado, pero con esto no se ha demostrado todavía que sea mayor precisamente la medida de lo injusto). Si lo injusto criminal quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción, se olvidaría que éste sólo puede fundamentarse con referencia a la lesión del bien jurídico, es decir al desvalor del resultado. La función ético-social del derecho penal consiste en el fomento del respeto a los bienes jurídicos, pero por verse en él la mejor garantía de su integridad. La producción (o gravedad) del resultado no puede ser indiferente, por ello, para la medida de lo injusto. No puede ser relegada a un mero motivo del establecimiento de la norma. La

2. El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar "determinada por la ley"

infracción de la norma (realización de la materia de la prohibición) es suficiente para fundamentar lo injusto de la tentativa. pero no basta para fundamentar lo injusto del delito consumado; y esto aunque se estime, como Armin KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, p. 75. que el objeto de la norma (norma determinativa) coincide con el del juicio valorativo correspondiente (norma valorativa). "Pues (como dice Armin KAUFMANN, *lug. cit.*, ps. 74-75), aun cuando el valor del acto sea el motivo y el fin próximos de la norma, el juicio valorativo sobre el acto se basa a su vez en el reconocimiento del bien jurídico: la realización del valor del acto o el impedimento del desvalor del acto no es un fin en sí, sino medio para la conservación y creación de bienes jurídicos".

El tipo tiene, pues, un contenido más amplio que la materia de la prohibición. El tipo (Tatbestand) es un tipo de lo injusto (Unrechtstypus). Contiene todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque no pertenezcan a la materia de la prohibición. Toda conducta típica es antijurídica si no concurre una causa de justificación. Esta concepción del tipo de lo injusto coincide con la de GAIJ-AS (Z.Str.W.. 67. ps. 16 y ss.; no me parece viable, en cambio, el intento de GALLAS de construir un tipo de la culpabilidad; ver, a este respecto, la crítica de WELZEL en este cap.. §111, *in fine*) y con la que sustentaba MEZGER en su *Lehrbuch* (ver *Tratado de derecho penal*, traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, I, ps. 363 y ss.. y 375 y ss.). Ésta es, asimismo, la opinión dominante en la doctrina española; ver, por ejemplo. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*. "Parte general", 1949, ps. 177 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*. I, 1946, ps. 5, 34 y ss., y 102; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, "Parte general", 12ª ed., 1956, ps. 335 y ss.: y DEL ROSAL, *Derecho penal español*. I, ps. 305 y ss., y 330. La inclusión en el tipo de lo injusto de los llamados elementos negativos del tipo, es decir, de la ausencia de las circunstancias de hecho que sirven de base a las causas de justificación, no me parece viable en nuestro Código (ver la nota siguiente).

Esta concepción del tipo no supone ningún menoscabo del principio de legalidad. Del principio *nullum crimen sine lege* (art. 1º de nuestro Código Penal) se deriva sólo la exi-

antes de su comisión, se basa en la idea de que la *ley* misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de los diversos caracteres de la conducta delictiva (como, por ejemplo, en el art. 212, con las palabras "el que matare dolosamente a un hombre").

No todos los tipos responden, sin embargo, a este ideal de los que "*describen de un modo exhaustivo*", o tipos "*cerrados*". Hay muchos en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres y confía al juez la labor de completar la otra, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de completar el tipo. A estos tipos "*abiertos*", o que "*necesitan ser completados*", los encontramos, ante todo, en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión. En la mayor parte de los delitos culposos (ver capítulo IV), la ley describe sólo el resultado (la lesión o el peligro del bien jurídico), mientras que la acción prohibida tiene que ser constatada por el juez mediante el criterio de la falta de observancia "del cuidado necesario en el tráfico".

En los delitos impropios de omisión (ver mi Manual, Cap. 27) queda sin precisar el círculo de los autores y tiene que ser completado por el juez mediante el criterio de la "posición de garante". Por esta razón, los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son sólo en parte tipos "legales" y en parte tipos "que deben ser completados por el juez".

En ambos casos se trata, sin duda, de una merma lamentable de la precisión en la delimitación de la punibilidad, propia del Estado de derecho, pero que viene impuesta por la "naturaleza de las cosas": en los delitos culposos las formas de la acción prohibida son tan variadas, que no puede ser descrita de un modo

gencia de que el legislador describa en la ley, del modo más preciso y exhaustivo, las circunstancias que fundamentan lo injusto de cada una de las figuras delictivas.

"preciso" mediante conceptos *abstractos*; en los delitos impropios de omisión sucede lo mismo con el círculo de los autores. En ambos casos, sin embargo, el juez dispone de un punto de orientación, suficientemente preciso, por medio del cual puede completar el tipo; en los delitos culposos es el cuidado necesario en el tráfico y en los delitos impropios de omisión "la posición del garante".

3. El tipo -tanto si está descrito en la ley de un modo exhaustivo, como si ha de ser completado por el juez- es el contenido de las normas prohibitivas del derecho penal, por ejemplo, de las prohibiciones: no debes matar, hurtar, cometer adulterio, conducir sin observar el cuidado debido, etcétera. Ambas, las normas prohibidas y el tipo (materia de las normas), pertenecen a la esfera *ideal* (espiritual-irreal).

El *tipo* es una figura *conceptual*, que describe formas *posibles* de conducta humana. La *norma* prohíbe la *realización* de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (por ejemplo, la acción de matar a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva "el carácter contrario a la norma" de la conducta.

Ahora bien, toda realización del tipo de una norma prohibitiva es contraria a la norma, pero no es siempre *antijurídica*, pues el ordenamiento jurídico no se compone sólo de *normas*, sino también de *preceptos permisivos* ("autorizaciones").

Existen preceptos que permiten, en ciertos casos, la conducta típica, por ejemplo, la realización del tipo "matar a un hombre" en caso de legítima defensa o de guerra. Su interferencia impide que la norma general (abstracta) se convierta en deber jurídico concreto para el autor. En este caso la realización del tipo de una norma prohibitiva es jurídica. *Antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo*

con el *ordenamiento jurídico en su conjunto* (no sólo con una norma aislada).

La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta *real* y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino sólo su *realización* puede ser antijurídica. No hay tipos antijurídicos, sino sólo *realizaciones* antijurídicas del tipo.

La identificación, muchas veces propugnada, del tipo y la antijuridicidad tendría que conducir, por tanto, necesariamente a una grave confusión mental. Ver también BELING, en ENGISCH, JT, *Festschrift*, I, p. 407.

Resulta, pues, que:

1. *Tipo* es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

2. *Antijuridicidad* es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ver BINDING, *Normen*, I, ps. 104 y ss.; H. A. FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, ps. 46 y ss.; KAUFMANN, *Normentheorie*, ps. 138 y ss. y 248 y siguientes.

§ II. LA ANTIJURIDICIDAD COMO JUICIO DESVALORATIVO; ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO

1. Dado que el ordenamiento jurídico quiere crear, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que menoscaba este orden valioso. Por ello se dice, frecuentemente, que la antijuridicidad es un "juicio desvalorativo" de la conducta típica. Es preciso tener presente, sin embargo, el carácter metafórico de esta expresión. El sujeto de este "juicio desvalorativo" no es un individuo (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico, como tal. El

juez podría, a lo sumo, repetir el juicio desvalorativo de la antijuridicidad del ordenamiento jurídico. Si se es consciente, sin embargo, del carácter metafórico de la expresión, puede decirse, sin duda, que la antijuridicidad es un juicio desvalorativo. En este sentido, por ejemplo, BGH (Z) 24, p. 21.

2. La antijuridicidad es un juicio desvalorativo "objetivo", al recaer sobre la conducta típica y realizarse con arreglo a un criterio *general*: el ordenamiento jurídico. El objeto que es considerado antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de elementos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos).

Debido a la variedad de sentidos del concepto "objetivo", ha surgido la creencia errónea de que la antijuridicidad puede referirse sólo al lado objetivo (del mundo exterior) de la acción, por ser un juicio desvalorativo "objetivo". En realidad la palabra "objetivo" está utilizada aquí en dos sentidos distintos. La antijuridicidad es sólo objetiva en el sentido de un juicio valorativo *general*; su objeto, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos [*del mundo exterior*] y subjetivos.

3. Mientras que la antijuridicidad, como mera tradición entre la realización del tipo y las exigencias del derecho, es la misma para todos los sectores del ordenamiento jurídico, en cada uno de ellos hay diversos tipos (materias de prohibición). Así, por ejemplo, la perturbación arbitraria de la posesión es una materia de prohibición en el derecho civil (art. 858 del Código Civil), pero no en el derecho penal. Sólo si la perturbación de la posesión adopta la forma del apoderamiento y éste se realiza con ánimo de lucro, será también una materia de prohibición del derecho penal. Del mismo modo, los daños no dolosos no son una materia de prohibición penal, sino sólo civil (ver los arts. 303 del Código Penal y 823 del Código Civil).

La tentativa de delito, en cambio, es, sin duda, una materia de prohibición penal, pero no una materia de prohibición civil. La perturbación arbitraria de la posesión y los daños no dolosos son también antijurídicos, sin embargo, para el derecho penal, por ejemplo para la legítima defensa; y la tentativa del delito es también antijurídica para el derecho civil, por ejemplo para el interdicto de retener.

La materia de prohibición es tan variada como las formas de conducta prohibidas en el derecho penal. La antijuridicidad, es decir, la contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico es, en cambio, la misma en todo el derecho. Lo que es antijurídico en un sector del derecho lo es también en el otro.

En esto se basa también la diferencia entre los conceptos de la *antijuridicidad* y de lo *injusto*. La mayor parte de las veces son utilizados indistintamente, lo cual, en general, no es perjudicial. En algunos casos, sin embargo, puede dar lugar a confusiones. La antijuridicidad es una pura relación (una contradicción entre dos miembros de una relación), lo injusto es, en cambio, algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un *predicado*, lo injusto un *sustantivo*. Lo injusto es la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específicos (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del derecho, son antijurídicas, en caso de su realización, para todo el ordenamiento jurídico.

MEZGER (L. K., 8¹ ed., p. 10) no comprende el sentido de esta distinción, pues dice que con ella se crearía "un concepto intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad". Es indiscutible que la perturbación arbitraria de la posesión (art. 858 del Código Civil) es también antijurídica para el derecho penal y que no existe, sin embargo, para ella un tipo penal de lo injusto. La distinción de antijuridicidad e injusto no dice otra cosa.

§ III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DEL TIPO EN LA DOGMÁTICA

Ver, SCIIWRCIKERT, *Die Wandlungen der Talbestandslehre seit Beling*, 1957; *Spiestersbach, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand*, tesis de Bonn, 1960; ver, también, HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Taibeslandsmerkmalen*, 1960.

El concepto del tipo, antes desarrollado, se remonta a BELING (*Lehre vom Verbrechen*, 1906). Mientras que antes el concepto del tipo comprendía la totalidad de los caracteres del delito, BELING desglosó de este tipo otro más restringido: "el tipo del delito formulado con precisión por el derecho positivo" (L. v. V., 23) y lo convirtió en elemento constitutivo de la estructura (trimembre) del delito: delito es la acción típica (1), antijurídica (2) y culpable (3). La doctrina del tipo de BELING presentaba aún puntos oscuros y defectos, que en su mayor parte eran debidos al estado en que se encontraban entonces las doctrinas de lo injusto y la culpabilidad.

Para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuridicidad y la culpabilidad (en el sentido que tenían antes), BELING decía que el tipo no contiene "ningún juicio valorativo" y está libre de todo elemento subjetivo-anímico. Este último defecto ha queda-

do corregido con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto y el desarrollo de la doctrina de la acción finalista: el tipo comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos o anímicos de la acción.

La afirmación del carácter completamente "desvalorizado" del tipo tuvo consecuencias más funestas. BELING no quería decir con ello otra cosa que con la constatación de la tipicidad de una acción no se ha afirmado todavía su antijuridicidad -una tesis acertada en todos los sentidos-. La frase de BELING, de que "el tipo no encierra ningún juicio valorativo" (p. 147) ha dado pábulo, sin embargo, a la opinión de que el tipo sea sólo la descripción, valorativamente indiferente, de un acontecimiento fáctico, al que se añade únicamente un elemento formal en virtud del requisito de la tipicidad, inherente al Estado de derecho. Esta interpretación del concepto del tipo, atribuida a BELING, desconoce su función esencial. La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona, más bien, de la multitud de conductas humanas, aquellas que son relevantes para el derecho penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas o jurídicas, pero nunca "valorativamente neutrales".

La afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferenciación valorativa de una acción para el derecho penal; más, incluso; dado que el tipo es la descripción de la materia de la prohibición, su realización es un "indicio" de la antijuridicidad de la acción. Pero -y en esto tiene razón BELING- la tipicidad no implica todavía la antijuridicidad. Dado que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas (mandatos y prohibiciones), sino que contiene también preceptos permisivos, la realización de la materia de la prohibición no es necesariamente antijurídica, pues puede estar autorizada por un precepto permisivo.

La significación material, independiente, del tipo en el concepto trimembre del delito es, por tanto, la siguiente: el tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el derecho penal y está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica. Al describir, al mismo tiempo, *materialmente*, la conducta relevante para el derecho penal, hace posible mediante el juego de la prohibición y el precepto permisivo, la constatación inequívoca, de acuerdo con las exigencias del Estado de derecho, de la antijuridicidad de la conducta.

Esta función del tipo, de describir *materialmente* la relevancia jurídico-penal de una conducta (diferenciación valorativa) y convertirla, con ello, en la base para la constatación inequívoca de la antijuridicidad, le asegura la posición de un elemento independiente del delito, previo al juicio de la antijuridicidad y al reproche de la culpabilidad. Este es el contenido permanente de verdad del concepto del tipo de BELING y de la estructura trimembre del delito de BELING y LISZT (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a pesar de todos sus defectos, condicionados históricamente.

No es correcta, en cambio, la estructura bímembre del delito de SAUER y MEZGER, que fusiona la tipicidad y la antijuridicidad. El tipo es, según ella, la antijuridicidad "tipificada" (SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed., p. 63; MEZGER, I, 9ª ed., p. 97). Tipo y antijuridicidad, realización del tipo e injusto, elemento del tipo y elemento de la antijuridicidad son, respectivamente, idénticos. El tipo no abarca más que la antijuridicidad; sólo hay una realización *antijurídica* del tipo y *toda* realización del tipo es antijurídica; las causas de justificación son circunstancias negativas del tipo.

Esta doctrina que ha sido formulada en virtud de una crítica, mal orientada, del tipo "desvalorizado" de BELING, destruye la función independiente del ti-

po. Éste no puede cumplir ya su tarea de suministrar la base del juicio de antitipicidad, mediante la descripción de la conducta prohibida. Puesto que la tipicidad no es ya el presupuesto de la antitipicidad, sino al contrario, la antitipicidad es el presupuesto de la tipicidad: al tener que haber sólo una realización *antitípica* del tipo, la tipicidad de una conducta sólo puede ser afirmada si se reconoce ya su antitipicidad; la concurrencia de una causa de justificación excluye también la tipicidad de la conducta.

Ahora bien, dado que el examen de la concurrencia de una causa de justificación es sólo posible, si se conoce antes, por lo menos, la tipicidad de la conducta, toda la doctrina desemboca en un círculo vicioso: la tipicidad sólo puede ser afirmada después de la constatación de la antitipicidad y la antitipicidad sólo puede ser averiguada después de la constatación de la tipicidad.

Ver también NAGLER, GS III, p. 49, nota: y otras aporías en Annin KAUFMANN, JZ 55, ps. 37 y ss.; WELZEL. Z 67, ps. 210 y siguientes.

Objeciones semejantes cabe hacer a la variante de la doctrina del tipo de SAUER y MEZGER formulada por GALLAS (Z.Str.W. 67, ps. 16 y ss.). GALLAS no llega a identificar el tipo y la antitipicidad. A diferencia de SAUER y MEZGER, no concibe las causas de justificación como circunstancias negativas del tipo, sino que afirma la tipicidad de una conducta aun cuando concorra una causa de justificación. No admite, sin embargo, que el tipo sea la descripción *material* de la conducta prohibida (la materia de la prohibición) y que sea, con esta función, el tercer elemento del delito, junto a la antitipicidad y la culpabilidad.

Todo elemento integrante del contenido de lo injusto sería, más bien, elemento del tipo con indiferencia

de sí, o hasta qué punto, el legislador haya descrito materialmente el contenido de la prohibición. La medida de la diferenciación, propia del Estado de derecho, sería sólo un principio formal, que no puede ser decisivo para la significación material del tipo en la estructura del delito (p. 25).

La actitud de GALLAS obedece también a la oposición al supuesto carácter "desvalorizado" del tipo en la estructura trimembre del delito. A la interpretación del tipo como materia de la prohibición, que aquí se sustenta, le reprocha el mismo GALLAS, que representa un "retroceso del tipo desvalorizado de BELING" (p. 23). Un reproche infundado. Puesto que la diferenciación valorativa, jurídica, del tipo, no puede ser, apenas, expresada con más claridad, que mediante su definición como materia de la *prohibición*. Si las palabras tienen un sentido objetivo, la "materia de la prohibición" es cualquier cosa menos una categoría "formal". La interpretación del tipo como materia de una *prohibición* jurídica supone, evidentemente, una caracterización *material* de la conducta típica y no sólo su relevancia jurídica (diferencia valorativa), sino incluso la referencia (el indicio) a la antijuridicidad (nada más, sin duda y en ningún caso la indicación de que el tipo contenga la antijuridicidad -lo cual opina también GALLAS-). Pero el tipo no es sólo la materia de la prohibición, sino también, al mismo tiempo, la *materia* de la prohibición, es decir, la descripción *material* de la conducta prohibida. El tipo no se agota, sin duda, en la descripción *legal* de la materia de la prohibición. Existen también, como vimos antes, tipos "abiertos", que tienen que ser completados por el juez, de acuerdo con un determinado criterio; y este criterio rector tiene que permitir, al menos, reconocer objetivamente los caracteres complementarios del tipo.

A estos tipos pertenecen -en esto coincido con GALLAS- no sólo los delitos impropios de omisión, sino

también los delitos culposos. En cambio, en el art. 240, por ejemplo, el juicio acerca de la *reprochabilidad* de la relación de medio a fin en la conducta del autor es un puro juicio de la antijuridicidad y no contiene ningún punto de apoyo objetivo para la averiguación de la conducta típica por el juez. Precisamente porque es así, se plantea el difícil problema de la determinación legal del tipo de esta disposición penal (sobre esto, ver *Niederschritten* VI, 276; H. MAYER, *Gutachten*, ps. 259 y ss.). Estos problemas, que no son, de ningún modo, formales, no son objeto de la debida atención en el concepto del tipo de GALLAS.

Sería grave que se considerase como una aspiración meramente "formal" la búsqueda de una base objetiva-material del juicio de la antijuridicidad. Si se la toma en serio, sin embargo se llega necesariamente al tipo como un elemento independiente del delito, *anterior* a la antijuridicidad y la cupabilidad y con ello, a la estructura trimembre del delito. El tipo es la materia de la prohibición, en la cual tienen que ser tomados en serio los dos elementos del concepto, la materia no menos que la prohibición.

Se suele decir que la diferencia entre el concepto del tipo de BELING y el de SAUER-MEZGER consiste en que, según aquél, el tipo es la *ratio cognoscendi* y según éste la *ratio essendi* de la antijuridicidad. En la lógica estos términos son utilizados para distinguir el fundamento *óntico* (la causa) y el fundamento *lógico*; por ejemplo, el humo es el fundamento *lógico* de la conclusión de que en algún sitio arde fuego; el fuego es, sin embargo, el fundamento *óntico* (la causa) del humo.

Es evidente que la última relación es inaplicable a la de tipo -antijuridicidad-. El tipo no es, de ningún modo, la causa de la antijuridicidad como efecto. Entre el tipo y la antijuridicidad es sólo posible la relación lógica de la razón y consecuencia. La diferencia entre las dos concepciones del tipo consiste, más bien,

en que una identifica la tipicidad y la antijuridicidad y no puede establecer, por ello, entre ellas una relación de razón y consecuencia (de ahí el círculo vicioso, antes criticado), mientras que la otra considera que el tipo es *una*, pero no la *única* razón de la antijuridicidad.

Los recientes intentos de perfilar, junto al tipo, como elemento del delito constitutivo para la antijuridicidad (y la culpabilidad) (el llamado "tipo de lo injusto"), un "tipo de culpabilidad" independiente no han pasado de los primeros balbuceos (GALLAS, Z 67, 29, 45).

Los caracteres especiales de la culpabilidad, cuya existencia será puesta de manifiesto más adelante, en el cap. VIII, C, son formas específicas de la repro-chabilidad (por consiguiente, de un juicio valorativo), pero no constituyen un tipo (objetivo). Los elementos anímicos (de la disposición de ánimo), que GALLAS incluye entre estos caracteres, no pertenecen a este lugar.

§ IV. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL"

En la función de los tipos de presentar la "muestra" de la conducta prohibida se pone de manifiesto

¹¹Este apartado IV no figuraba en la 4ª edición de este libro. Me ha sido remitido por el Prof. WELZKL como anticipo de las modificaciones que va a introducir en la próxima (9ª) edición de su Manual (*Das deutsche Strafrecht*). WKLZEI. vuelve ahora a la concepción de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad que había mantenido ya en la 2ª edición de su Manual y en la primera edición de este libro. Este cambio es lógico, pues al concebir WELZICL la adecuación social como causa de justificación, incurría en una contradicción con su concepto del tipo (en este sentido, entre otros, LANGUÉ, JZ, 1953, ps. 13 y ss.; SCHAITSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*. Z.Str.W. 72, 1960. fase. 3-4, ps. 372 y ss.: y HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*. Z.Str.W. 74, 1962. fase. 1, p. 80). Si la conducta socialmente

que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza *social* y al mismo tiempo *histórica* del derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social.

Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal era demasiado estrecha en cuanto se quería ver la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos. Así, según un antiguo ejemplo de esta doctrina, el acto de engendrar debería ser una acción típica de matar, si la criatura engendrada se convierte después en un asesino (ver EB. SCHMIDT, *Frank-Festgabe II*, 119).

Ahora bien, el acto de engendrar, como tal, en cuanto no suponga una infracción del orden de las relaciones sexuales por las circunstancias de su realización (por ejemplo, como violación o incesto) es socialmente adecuado, es decir, queda completamente dentro del orden social, histórico, "normal", de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la le-

adecuada está conforme con el orden ético-social normal, histórico, de la comunidad, no puede ser al mismo tiempo típica, es decir (según el concepto del tipo de WELZEL) *relevante* para el derecho penal. El tipo no es para WELZEL una descripción desvalorizada (ver §111 de este cap.), sino que selecciona las conductas que suponen una infracción grave, insoportable, del orden ético-social de la comunidad. A partir de la 6ª edición de su Manual (1958, p. 74) WELZEL había introducido ya la rectificación de que la adecuación social es *también* importante para la interpretación de algunos caracteres de los tipos y sobre todo para la determinación del cuidado necesario en el tráfico.

sión de un bien jurídico. Será, incluso, socialmente adecuado y no constituirá una acción típica de homicidio, aunque se realice con una mujer tuberculosa con la intención de producir su muerte mediante una agravación de su enfermedad como consecuencia del embarazo (ver H. MAYER, *Lehrbuch*, I^a ed., p. 212; DStR 38, 109; en contra de mi opinión en Z 58, 519).

Asimismo, la participación en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo es una conducta socialmente adecuada, de modo que, por ejemplo, un sobrino no realiza una acción típica de homicidio si anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza (fundada) de que muera antes en un accidente.

En este ejemplo se advierte claramente la naturaleza histórica de nuestros tipos: aun en 1861 el Tribunal Supremo de apelación de Munich declaró que la explotación de un ferrocarril era en sí una conducta antijurídica ("Seufferts Archiv", 14, 354). Naturalmente, si el sobrino tuviera noticia, por casualidad, de que se planeaba un atentado contra el tren y se aprovechase de él, su conducta no sería socialmente adecuada.

Y al contrario, no hace desistir de una acción de salvamento el que llama la atención, *sin faltar a la verdad*, al que quiere y puede llevarla a cabo, sobre la profundidad y la frialdad del agua, con la esperanza (confirmada por el resultado) de que desista por ello de su empeño (ver KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 200).

Son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada, aunque luego resulten ruinosos; no están comprendidos por ello, en los tipos del art. 266 del Código Penal, 294 de la Ley de sociedades anónimas y 81a de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada.

Por ser socialmente adecuadas quedan excluidas las lesiones corporales insignificantes del art. 223, las privaciones de libertad irrelevantes del art. 239, el jugar pequeñas cantidades, de los arts. 284 y ss., la entrega habitual de obsequios de escaso valor por año nuevo, del art. 331, las conductas meramente indecorosas o impertinentes de los delitos contra la honestidad, etcétera.

Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. La determinación de estos límites no es tarea fácil. Como ejemplo de ello pueden servir los casos enjuiciados en las sentencias del Tribunal federal 7, 268 y 19, 152.

a) Marido y mujer están obligados, sin duda, jurídicamente a llevar vida conyugal, pero de la infracción de este deber se derivan sólo consecuencias para la existencia del matrimonio. Su cumplimiento -de acuerdo con la concepción actual de la libertad personal- no puede ser impuesto y mucho menos colocado bajo tutela penal. Por ello, el abandono de la vida conyugal es una conducta socialmente adecuada, que se mantiene dentro de los límites de la libertad de acción social y sigue siéndolo aunque dé lugar al peligro -cognoscible por el cónyuge- de que el otro cónyuge se" suicide (BGH 7, 268).

b) El servir bebidas alcohólicas es una conducta socialmente adecuada ("usual"), a pesar de los peligros que el consumo de alcohol implica para la capacidad de movimientos de los clientes en el tráfico motorizado. "Si el camarero (. . .) tuviera que responder penalmente de las posibles consecuencias del consumo excesivo de alcohol se convertiría, en la mayor parte de los casos, en virtud del deber de garante, en una especie de tutor o guardián de sus clientes" (BGH, 19, 152). Por ello, la conducta de servir bebidas alcohóli-

cas queda excluida de los tipos de los delitos de lesión aun cuando, como consecuencia de ella, se produzca la lesión de un bien jurídico. Sólo cuando "la embriaguez del cliente ha alcanzado, sin duda, un grado tal que no puede actuar ya de un modo responsable", el servir bebidas alcohólicas adquiere relevancia para las precauciones de seguridad que el camarero debe adoptar para la protección de la colectividad y del cliente (BGH, lug. cit.; ver, también, *Karlsruhe*, JZ 60, 178 con nota de WELZEL).

La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito "normal" de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún sub-sumidas en ellos, según su tenor literal.

Como ámbito *normal* de libertad de acción social se diferencia la adecuación social de las causas de justificación porque éstas conceden también una "libertad" de acción, pero de naturaleza especial: se trata de un *permiso especial*, de una *autorización* para realizar acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas.

La distinción insuficiente entre la adecuación social y las causas de justificación, pesa sobre la teoría de la adecuación social desde el principio. Ya en el desarrollo del concepto de la adecuación social (en Z 58, 516, 527) -y a pesar de la distinción de principio entre ella y las causas de justificación (p. 259)- incluí en él casos de auténtica justificación y lo concebí después (de la 4ª a la 8ª ed. de mi Manual), incluso, en atención al tipo desgraciado del art. 240, como una causa de justificación de derecho consuetudinario.

Las investigaciones de HIRSCH (*Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960; *Sozialadäquenz und Unrechtslehre*, Z 74, 78) sobre todo en polémica con SOHAI-STEIN (Z 72, 369) aclararon los conceptos. HIRSCH

no valora, sin embargo, debidamente (sobre todo en su segundo trabajo) la función y la importancia fundamental de la adecuación social: el mismo concepto, utilizado por él, del "menoscabo insignificante" sólo puede ser comprendido desde un punto de vista social (como lesión *socialmente* irrelevante).

§ V. LA CONSTATACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. *La tipicidad como indicio de la antijuridicidad*

Si el autor ha realizado, objetiva y subjetivamente, la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado de modo contrario a la norma. La tipicidad y la consiguiente contradicción con una la norma es un "indicio" de la antijuridicidad. Pero no es idéntica a ella, como vimos. La infracción de la norma es la contradicción de la realización del tipo con una norma prohibitiva (abstracta). La antijuridicidad es, en cambio, la contradicción de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto,

Las normas prohibitivas se ven interferidas, en ciertos casos, por preceptos permisivos, que impiden que la norma jurídica abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y justifican, por ello, la realización del tipo. Estos preceptos permisivos regulan "causas de justificación", por ejemplo, la legítima defensa, la autoayuda, el consentimiento del ofendido, etcétera. En caso de que coHcurran, la realización del tipo no es antijurídica. Las causas de justificación no excluyen, por consiguiente, la tipicidad de una conducta, sino solamente su antijuridicidad.

Sobre esto existen, sin embargo, ideas muy confusas en la doctrina, porque (desde Adolf MERKEL y FRANK) se concibe muchas veces a las causas de justificación como "caracteres negativos del tipo", de modo

que su concurrencia debe excluir no sólo la antijuridicidad, sino también el tipo (por consiguiente, la materia de la prohibición). El precepto permisivo (causa de justificación) presupone, sin embargo, necesariamente la realización del tipo de la prohibición y se refiere a él. La concurrencia de la causa de justificación (por ejemplo, de la legítima defensa) no afecta, o elimina, al tipo sino que excluye sólo la *antijuridicidad* de su realización.

Es indiferente, a este respecto, en qué lugar de la ley esté regulada una causa de justificación. Aun cuando la legítima defensa estuviese incluida en el art. 212 -"el que matare a un hombre, excepto en caso de legítima defensa (. . .)"- no se convertiría en un carácter "negativo" del tipo. Sólo la acción de matar a un hombre pertenece a la materia de la prohibición; la legítima defensa no excluye dicha materia, sino la antijuridicidad de su realización.

Del mismo modo, en los juegos ilícitos (arts. 284 y ss.), el permiso de la autoridad no es una circunstancia del tipo, sino una causa de justificación (aunque esté mencionado en la misma disposición legal); puesto que el contenido material de lo injusto de los juegos ilícitos no consiste en la (simple) falta de acatamiento de la voluntad del Estado (¡delito contra "el Estado como banquero en el juego"!), sino en el peligro de la moralidad del pueblo por la excitación de la pasión del juego y en la explotación de dicha pasión. El permiso de la autoridad no elimina este peligro, etc.. sino que excluye -por determinadas razones- su antijuridicidad. No es correcta, por tanto, la opinión de MEZ-GER, LK art. 59, 11; SCHRÖDER, Z 65, 178; y otros, que consideran que el tipo es una figura estilística casual. Desconocen la función material del tipo y confunden el tipo (en sentido restringido) con la disposición penal. Ver, sobre esto, WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*. ps. 13 y ss., 20 y ss.; Z 67, ps. 208 y siguientes.

Las causas de justificación no son tampoco circunstancias del tipo redactadas de modo negativo, como las que contienen, por ejemplo, los arts. 208 (duelo "sin padrinos") y el art. 237 (rapto "sin consentimiento de los padres"). Estas últimas son descripciones objetivas de la materia de la prohibición; constituyen la materia de la prohibición especial del art. 208 (a diferencia del art. 205), o del art. 237. La legítima defensa, en cambio, no es, de ningún modo imaginable, una parte de la materia de la prohibición del art. 212; no excluye tampoco dicha materia, sino sólo la antijuridicidad de su realización. Esto no lo advierte v. WEBER, *Mezger-Festschr.*, ps. 136 y ss.; sobre ello, Armin KAUFMANN, JZ 55, 37; WELZEL, Z 67, 208 y siguientes.

En todas estas confusiones juega un papel decisivo la idea de sustituir la relación *norma prohibitiva*-precepto permisivo por la de tipo-causa de justificación, e interpretar esta última como una relación de regla-excepción. Pero en muchos casos (por ejemplo, en las detenciones) el número de las detenciones jurídicas excede, con mucho, al de las antijurídicas, la relación tipo-causa de justificación tendría que ser invertida, puesto que la regla (el tipo) representa estadísticamente la excepción y la excepción (la causa de justificación) la regla. El error fundamental de toda la concepción consiste en que se parte de una falsa relación. Los elementos de la relación no son tipo-causa de justificación, sino *norma prohibitiva*-causa de justificación (precepto permisivo).

La conducta "normal", es decir *conforme a la norma* es el respeto a la autodeterminación ajena, que puede ser sólo interferida si concurre un precepto permisivo especial. El derecho penal es una materia normativa y no estadística. La relación entre la norma y el precepto permisivo (causa de justificación) ha de ser entendida también sólo de un modo normativo v no estadístico.

La doctrina de las circunstancias negativas del tipo desconoce la significación independiente de los preceptos permisivos (de las autorizaciones del derecho). La concurrencia de la legítima defensa tiene para ella la misma significación que la falta de un carácter del tipo: ¡la acción de matar a un hombre en legítima defensa equivale jurídicamente a la de matar a una mosca! Esta consecuencia no puede ser evitada por la doctrina de las circunstancias negativas del tipo que se ve aquí reducida al absurdo.

En la uniformidad de lo jurídicamente *irrelevante* desaparecen las particularidades del *permiso* y las diferencias valorativas esenciales entre lo *permitido* y lo jurídicamente *irrelevante*. La doctrina de las circunstancias negativas del tipo es un brote tardío de la antigua teoría de los imperativos, que desconocía la significación independiente de las autorizaciones. Ver, sobre ello, BINDING, *Normen*, I, ps. 104 y ss.; H. A. FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, 1911, ps. 46 y ss. y 209; KAUFMANN, *Normentheorie*, ps. 101, 257 y 286; JZ 55, ps. 37 y ss.; WELZEL, Z 67, ps. 208 y siguientes¹².

¹² La doctrina de los elementos negativos del tipo no me parece viable en nuestro Código Penal. De acuerdo con ella, si concurre una causa de justificación, queda excluida no sólo la antijuridicidad, sino también la tipicidad (tipo de lo injusto) de la conducta. Si el autor cree que concurren las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, queda excluido el dolo. En nuestro Código, de acuerdo con el número 1º del art. 9º. cuando falta alguno de los requisitos de las causas de justificación del art. 8º (legítima defensa, estado de necesidad en caso de conflicto de bienes desiguales, etc.), se aplica una circunstancia atenuante. La jurisprudencia y la doctrina han exigido para la aplicación de esta atenuante que concurren los requisitos esenciales de la causa de justificación respectiva (ver. por ejemplo. ANTÓN ONKCA. *Derecho penal "Parte general"*. 1949. ps. 325 y ss. y FERRER SAMA. *Comentarios al Código Penal*, I, ps. 268 y ss.). De acuerdo con esta interpretación, si el autor cree erróneamente que se dan todas las cir-

2. La constatación de la antijuridicidad; tipos cerrados y abiertos

a) De la relación, antes descrita, de la tipicidad, contradicción con la norma y la antijuridicidad, se

cunstancias que sirven de base a una causa de justificación, cuando en realidad falta alguna de ellas no esencial, no queda excluida la responsabilidad *dolosa* -como sería obligado, de acuerdo con la doctrina de los elementos negativos del tipo-, sino que se aplica simplemente una circunstancia atenuante. No es posible hacer entrar aquí en juego el art. 565, es decir que el autor responda a título de culpa, cuando el error fuera vencible. En ese caso habría que aplicar el art. 565 y la eximente incompleta del número 1º del art. 9º. No parece que éste sea el espíritu de la ley. Ténganse en cuenta los arts. 64 y 66 y la extraordinaria rebaja de la pena que puede llevar consigo la apreciación de la eximente incompleta. El Tribunal Supremo no ha acudido nunca en estos casos al art. 565. En los comentarios del Código Penal de 1848 y de 1870 no se hace tampoco ninguna alusión a dicha posibilidad; ver, por ejemplo, PACHECO. *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., I, 1856. ps. 186 y ss., y III. ps. 428-9; VIZMANOS Y ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, I, Madrid, 1848, ps. 111 y ss., y II, ps. 525 y ss.; CASTRO Y OROZCO Y ORTÍZ DE ZÚÑIGA. *Código Penal explicado*. Granada. 1848, I, ps. 64-65, y III, p. 80; GROEARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, I, 1870, ps. 303 y ss., y VIII, 1899. ps. 388 y ss.. y VIADA. *Código Penal reformado de 1870*. I, 1890, ps. 195 y ss.. y III, 1890, ps. 628 y siguientes.

En algunas sentencias (ver. por ejemplo, las de 14 de abril de 1887. 30 de mayo de 1935, 29 de setiembre de 1942 y 22 de diciembre de 1947) el Tribunal Supremo ha apreciado la eximente de legítima defensa en casos de legítima defensa putativa. o de exceso por error, en la intensidad de la reacción, subjetivizando los requisitos de la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa -ambos esenciales-, o la racionalidad del medio empleado -inesencial-. Lo mismo ha sucedido en algún caso de creencia errónea de que concurren las circunstancias que sirven de base a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, del número 1º del art. 8º

deduce un método sencillo para la constatación de la antijuridicidad. Dado que la realización del tipo es contraria a la norma y que la infracción de una norma prohibitiva es antijurídica en caso de que no interfiera un precepto permisivo, se deduce que con la realización del tipo de una norma prohibitiva, la acción es antijurídica mientras no sea aplicable ningún precepto permisivo.

Una vez comprobada la realización del tipo, la antijuridicidad puede ser averiguada por un procedimiento puramente negativo: mediante la constatación de que no se interfiere ningún precepto permisivo (causa de justificación).

Este método es aplicable también en los tipos "abiertos" o "que necesitan ser completados", sólo que aquí el juez tiene que completar previamente el tipo mediante el criterio que se deduce de la ley ("posición de garante", "cuidado necesario en el tráfico"). Una vez hecho esto, la averiguación de la antijuridicidad se realiza como en los tipos "cerrados".

b) La situación es diferente en aquellos tipos "abiertos" en que falta un criterio *objetivo* para completar el tipo, como, por ejemplo, en la coacción del art. 240. En esta disposición se describe como acción típica (entre otras), la de coaccionar a otra persona para que realice una conducta determinada, mediante la amenaza con un mal sensible. Este tipo, tal como está descrito en la ley, comprende las acciones más corrientes

(sentencia 9/1/1899). En todas estas sentencias en que el Tribunal Supremo ha apreciado la eximente sin que se dieran en realidad todos sus presupuestos objetivos, se trataba de casos en que el sujeto podía racionalmente creer que se daban los supuestos de la causa de justificación: es decir, se trataba de casos en que el error era invencible.

No me es posible, naturalmente, llevar a cabo un estudio de *legere* de esta compleja materia en el reducido marco de estas notas.

de la vida cotidiana, que no pueden formar parte de la "materia de la prohibición".

El precepto adicional del párrafo 2° del art. 240 -según el cual, la coacción es antijurídica cuando sea reprochable el empleo del medio coactivo para conseguir el fin perseguido- contiene sólo un juicio valorativo ("reprochable"), pero no un punto de apoyo que permita conocer a qué acciones se hace referencia. La antijuridicidad tiene que ser constatada aquí por el juez mediante un juicio valorativo *independiente*, lo que da lugar a una gran incertidumbre acerca de lo que esté prohibido. Ver, sobre esto, NIEDERSCHRIFTEN, VI. ps. 276 y ss.; O. L. G. BRAUNSCHWEIG NJW 57, 639. Hasta un cierto punto cabe decir también lo mismo del art. 253 (chantaje), aunque el tipo esté aquí más perfilado (sobre ello, NIEDERSCHRIFTEN, *lug. cit.*).

Wf.Lzia, Z 67, 224; KAUFMANN, *Normen/theorie*, ps. 101, 257, 282 y ss.: adoptan, en parte, una actitud crítica: HIRSCH. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, ps. 281 y ss.; KUNKRT, *Normative Tatbestandsmerkmale*. 1959; y BOXIN, *OJJene Tatbestände und Rechts-pflichtmerkmale*. 1959.

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DOLOSOS

§ I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LO INJUSTO DE LOS TIPOS DOLOSOS EN LA DOGMÁTICA

1. La dogmática del derecho penal intentó comprender, primero, el concepto de lo injusto, partiendo de la distinción: "objetivo-subjetivo". A lo injusto debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres objetivos, externos, de la acción, mientras que los elementos subjetivos, anímicos, debían constituir la "culpabilidad". El fundamento doctrinal de esta concepción era suministrado por la doctrina de la acción causal, que separaba tajantemente la acción, como un mero proceso causal externo, del contenido subjetivo de la voluntad; de este modo se incluyó todo lo "externo" en la antijuridicidad y todo lo "interno" en la culpabilidad.

Esta separación se vio aun apoyada dogmáticamente por la confusión existente en torno al sentido de la "objetividad" de la antijuridicidad. Dado que la antijuridicidad es, según opinión admitida, un juicio desvalorativo "objetivo" (= general), era fácil que surgiera la creencia errónea de que lo injusto (la acción antijurídica) tenía que ser concebido de un modo puramente objetivo, pero en el sentido, completamente

diferente, de algo que pertenece exclusivamente al *mundo exterior*.

Al referirse (supuestamente) la antijuridicidad al proceso causal externo, la doctrina dominante tuvo que concebir lo injusto, materialmente, como lesión o peligro de ttn bien jurídico; la culpabilidad aparecía, al contrario, como la relación subjetiva-anímica entre el autor y el resultado.

2. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una honda fisura en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo, y en la asignación de lo "externo" a lo injusto y de lo "interno" a la culpabilidad. Se advirtió que en muchos tipos, lo injusto no puede ser concebido de un modo puramente objetivo, sino que está también constituido por determinados elementos subjetivos-anímicos. Lo injusto específico del hurto (art. 242), frente a la per-turbaciózi arbitraria de la posesión, prohibida en el derecho civil, no se agota en el simple apoderamiento objetivo de una cosa ajena, sino que sólo el *ánimo de lucro* convierte al apoderamiento en un hurto. La "apropiación. en el delito de apropiación indebida, revela aún más claramente que la acción típica no puede ser comprendida, en absoluto, sin la tendencia subjetiva de la voluntad, que anima el acontecer externo¹⁵.

¹¹ La doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto ha encontrado un eco favorable en España. Los penalistas patrios señalan como ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal español, entre otros, la tendencia voluptuosa en el delito de abusos deshonestos (art. 430). el ánimo de lucro en los delitos de hurto (art. 514) y robo (art. 500). el ánimo de ofender en el delito de injurias (art. 457). la intención de descubrir los secretos en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 497 y las miras deshonestas en el delito de rapto (art. 440). Ver, por ejemplo. RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de derecho penal* de MIÍZGÍIR. I, 1955. ps. 357-358 y 388; ANTÓN

Con este descubrimiento se había abierto una grieta profunda en el sistema anterior, de la concepción puramente "objetiva" de lo injusto. Esta grieta no indujo, sin embargo, a la opinión dominante a revisar *afondo* la doctrina tradicional de la acción y de lo injusto, sino que siguió partiendo de la consideración de que lo injusto se refiere "regularmente a la conducta exterior (objetiva, corporal)" (MEZGER, I, p. 88) y que los elementos subjetivos de lo injusto representan, por ello, sólo "excepciones de la regla".

3. Al examinar los tipos penales, en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió, además, que en la tentativa (art. 43) el dolo es uno de ellos. En efecto, en la tentativa, desde un punto de vista puramente "objetivo", es decir, sin atender a la resolución de voluntad del autor, no es posible saber qué tipo es el que concurre.

Si alguien hace un disparo, que pasa junto a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales, o un disparo en lugar prohibido (nº 7 del art. 368), según cuál sea el dolo del autor. El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. El dolo es ya, por ello, según la doctrina dominante, un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa".

ONECA, *Derecho penal*. I, "Parte general", 1949. ps. 179-180; CUELLO CALÓN, *Derecho penal* I. "Parte general". 12ª ed., 1956. ps. 335 y 366; JIMÉNEZ DE ASÚA. *La ley y del delito*. 2ª ed., 1954. ps. 716 y ss. y Juan DEL ROSAL. *Derecho penal español*. I. 1960. ps. 296 y siguientes.

¹⁴ En la doctrina española conciben la resolución delictiva en la tentativa como un elemento subjetivo de lo injusto. CEREZO. *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa* (tesis inédita). Valladolid, 1957, ps. 290-1 y 306; *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*. separata del "Anuario de Derecho Penal", Madrid, 1961, ps. 57 y ss.; DEL ROSAL. *De-*

La consecuencia lógica de ello debería ser -yendo más allá que la opinión dominante- que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la *tentativa*, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación. ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se puede demostrar, además, de modo inmediato en los tipos de los delitos consumados: si alguien hiere mortalmente a otro depende exclusivamente de la existencia y contenido del dolo el que haya realizado el tipo del homicidio doloso (art. 212), el de las lesiones corporales con resultado de muerte (art. 226), o el del homicidio culposo.

El dolo se nos presenta aquí necesariamente como un elemento constitutivo del tipo (lo mismo que en el art. 187, en relación con el 186, o en el art. 225, en relación con el 224). En ambos casos se llega, pues, a la conclusión, de que el dolo no es sólo un elemento de la culpabilidad, sino que es ya un elemento constitutivo del tipo.

Ver WEISEL, *Um die finale Handlungswigslehre*, p. 13; GALLAS, Z 67, ps. 31 y ss.; MAURACH, A. T., ps. 182 y ss.; ZIPPELIUS, NJW 54, 1837; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 151; FUKUDA, Z 71, 38; también BGH, I, 262 (en relación con el art. 246).

Sólo así es posible insertar, además, en el tipo, con sentido y sin dificultad, los elementos subjetivos de lo injusto. Un ánimo de lucro no puede darse en una lesión causal, ciega, de la posesión, sino sólo en una acción final de apoderamiento. Un ánimo de

recho penal español. 1, 1960. p. 297. y CÓRDOBA, *El conocimiento ele ja antijuridicidad en la teoría del delito*, ps. 79-80.

lucro sería absolutamente incompatible con una lesión puramente causal de un bien jurídico. La doctrina dominante se ve también obligada, por ello, por necesidad lógica, a reconocer al dolo como elemento subjetivo de lo injusto de todos los tipos dolosos.

MEZGER no ha logrado hacer plausible su opinión contraria, que ha expuesto varias veces, sobre todo su afirmación de que la conclusión de la tentativa a la consumación es "completamente arbitraria". Incurre, en cambio, en contradicciones; así, cuando escribe, LK (8), p. 15: "El juicio valorativo de la antijuridicidad va vinculado normalmente en el delito consumado, al hecho objetivo, por ejemplo en el art. 212 a la muerte causada y, por consiguiente, no al dolo. En cambio, donde según 2a ley decide lo 'subjetivo', como, por ejemplo, en la diferencia entre los arts. 212 y 226 del Código Penal, allí existe un elemento subjetivo de lo injusto especial".

¿Qué función ha de cumplir el dolo, según estas palabras, en el art. 212? Según la primera frase *no es* un elemento subjetivo de lo injusto, según la segunda, lo *es*. Si el dolo pertenece -como admite MEZGER (p. 14)- al "tipo de acción" -por consiguiente, a la acción típica- y si la acción típica es un elemento del "tipo de lo injusto" -lo cual no es discutido por nadie- el dolo tiene que ser también necesariamente un elemento del "tipo de lo injusto". No cabe decir, desde luego, que esta conclusión sea "arbitraria" (ver cap. I, § III, 2)¹⁵.

¹⁵ El argumento que opone MICZGICR a la conclusión de que la resolución delictiva, por ser un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa ha de serlo también necesariamente en el delito consumado, es un argumento metodológico. Tanto en la tentativa como en la consumación, la resolución delictiva pertenece, según MICZC.KR. al tipo de la acción. En el mundo de la realidad jurídico-penal todas las acciones son finales y esta estructura ontológica de la acción humana no puede ser alterada por el legislador. El juicio desvalorativo de la antijuridicidad

El intento de salvación realizado por ENGISCH (*Rittler-Festschrift*, p. 174; *JT-Festschr.* I, ps. 436 y ss.) -al decir

puede recaer, sin embargo, según MEZGICR, unas veces sobre unos elementos de la acción y otras sobre otros. La ley es soberana al elegir el objeto del juicio desvalorativo de la an-tijuridicidad. En la tentativa la resolución delictiva es un elemento constitutivo de lo injusto, mientras que en el delito consumado el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recae a veces (no siempre) exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción (MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8^o ed., 1956, ps. 15 y 16 y ya antes en *Vom Sinn der strafbaren Handlung*, JZ. 1952, p. 675). Este criterio es el que sirve de base también a las argumentaciones de ENGISCH para atribuir a la resolución delictiva en la tentativa el carácter de un elemento subjetivo de lo injusto y negárselo, en cambio, en la consumación (ver ENGISCH. *Rittler-Festschr.*. 1957, p. 174 y *Der Unrechts-tatbestand imStrafrecht*, *Festschrift Deutscher Juristentag*, p. 436). Basándose en el mismo punto de vista, MEZGER y LANGE llegan a afirmar que gran parte de los elementos subjetivos de lo injusto admitidos por la doctrina tradicional son sólo elementos subjetivos de lo injusto mientras la acción se halla en el estadio de la tentativa, pero no conservan dicho carácter cuando el hecho pasa el estadio de la consumación (ver MEZGER, *Strafrecht*, I, 8^o ed., 1958, ps. 89-90 y *Leipziger Kommentar*, ps. 298-99). La mayor parte de los elementos subjetivos de lo injusto representan una mera anticipación de la protección del derecho, que queda sin objeto al consumarse el hecho. Esto sucede, según MEZGER y LANGIC. en los delitos de intención, por ejemplo, en el hurto. El ánimo de lucro es un elemento subjetivo de lo injusto mientras la acción se halla en la fase de la tentativa, pero deja de serlo cuando el delito se consuma. El juicio desvalorativo de la antijuridicidad recae entonces exclusivamente sobre el lado externo u objetivo de la acción. Existen, al mismo tiempo, sin embargo, según MEZGER y LANGE, elementos subjetivos de lo injusto "auténticos", es decir, que conservan dicho carácter después de la consumación del hecho delictivo. La tendencia voluptuosa en los delitos contra la honestidad y el *anirnis iniurandi* en el delito de injurias del art. 185 del Código Penal alemán pertenecen a este grupo.

Este criterio metodológico de la independencia y soberanía de la ley en la elección del objeto del juicio desvalorativo de la antijuridicidad, no me parece admisible en los términos

que en el delito consumado "basta" el desvalor del resultado para el juicio de la antijuridicidad y que sólo

formulados por MICZGICR. El derecho sería libre, según MICZGKR, de hacer recaer en cada momento el juicio desvalorativo de la antijuridicidad sobre elementos diversos de la acción. La resolución delictiva sería en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto, pero no en el delito consumado. El ánimo de lucro sería un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa de hurto, pero no del hurto consumado. El *animus iniurandi* o la tendencia voluptuosa pertenecerían, en cambio, tanto en la tentativa como en la consumación, al objeto del juicio desvalorativo de la antijuridicidad.

El legislador no goza de una libertad tan grande al proceder a la descripción de lo injusto punible. Una vez adoptado por él un criterio rector, es decir una concepción determinada de la antijuridicidad habrán de pertenecer necesariamente al tipo de lo injusto todos aquellos elementos que se destaquen como esenciales desde el punto de vista adoptado. De lo contrario, el legislador incurriría en una contradicción que no sería puramente lógica, sino lógico-objetiva. No es posible, por ello, por ejemplo, que la resolución delictiva sea un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado. La resolución delictiva tiene que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa, tanto si se parte de una concepción objetiva como subjetiva de ella (ver mi artículo *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*, ps. 57 y ss.). La punición de la tentativa sólo tiene sentido, pues, dentro de una concepción de la antijuridicidad que distingue el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. El castigo de la tentativa no tiene sentido en una concepción puramente objetiva o despersonalizada de lo injusto, por ejemplo, como mera lesión o peligro de un bien jurídico protegido; desde este punto de vista el contenido de la voluntad del autor es irrelevante y no puede ser objeto del juicio desvalorativo de la antijuridicidad. La pena de la tentativa sólo tiene sentido si se parte de una concepción personal de lo injusto. Desde este punto de vista el contenido de la voluntad del autor se destaca como esencial y habrá de recaer sobre él el juicio desvalorativo de la antijuridicidad. El dolo (sobre el intento de [MKZC.HR](#) de distinguir la resolución delictiva y el dolo, ver mi artículo antes citado, ps. 61 y 66), habrá de pertenecer entonces al tipo de lo injusto de los deli-

en la tentativa es "necesario" un elemento subjetivo de lo injusto, por faltar el desvalor del resultado- presupone una abstracción positivista-nominalista del *contenido material* de lo injusto y una renuncia a una concepción *unitaria, material* de lo injusto penal (así ya NOWAKOWSKI, JZ 58, ps. 336. nota 7).

En cuanto el mismo ENGISCH va más allá, tiene que admitir que "la norma correspondiente al tipo objetivo de lo injusto" -según ENGISCH un mandato objetivo de cuidado- "es infringida, en realidad, por toda conducta dolosa, tanto si se trata de la mera tentativa, como de un delito consumado" (lug. cit., p. 437).

Con ello se ha abandonado ya, sin embargo, el sistema de la concepción puramente "objetiva" de lo injusto: en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ahí se deduce que sólo el concepto de la acción finalista y no el concep-

tos dolosos: pero no sólo al tipo de lo injusto de la tentativa, sino también al del delito consumado. Si el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recayera sobre el dolo en la tentativa, pero no en el delito consumado, el derecho incurriría en una contradicción lógico-objetiva. El juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería alternativamente sobre elementos que se destacan como esenciales desde puntos de vista distintos, es decir desde concepciones diversas de la antijuridicidad. Las contradicciones lógico-objetivas son, por ello, al mismo tiempo, contradicciones en la valoración jurídica. Estas contradicciones son contrarias a la justicia, pues sin unidad de los criterios valorativos rectores (en nuestro caso sin la unidad de la concepción de lo injusto) el derecho se transformaría en un caos de valoraciones incompatibles y, por tanto, injustas (ver, en este sentido STRATKNWKKTH. *Das rechtstheoretische Problem der ■'Natur der Sache'*", ps. 26-27 y 30-31. Sin la unidad de los criterios valorativos rectores sería imposible, incluso, la ciencia del derecho, pues su tarea no es otra cosa que interpretar los preceptos jurídicos y exponer su contenido sistemáticamente, es decir en su conexión interna (ver mi artículo antes citado. ps. 61 y ss.).

to de la acción causal, puede suministrar la base óptica de la doctrina de lo injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción había puesto de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto de lo injusto".

¹El razonamiento de WKLZEL y los argumentos expuestos en la nota precedente son válidos para todo Código Penal en que se castigue la tentativa de delito o en que sea preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto. Son válidos, por tanto, para el Código Penal español que castiga la tentativa de delito (art. 3º) y en el que la doctrina ha apreciado la existencia de numerosos elementos subjetivos de lo injusto (ver las notas 13 y 14). En la definición de la tentativa del párrafo 3º del art. 3º no se menciona expresamente la resolución delictiva, pero está implícita en ella ("da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que *no* sea su propio y voluntario desistimiento").

Sobre las objeciones, fundamentalmente terminológicas, de RODRÍGUEZ MUÑOZ a la posibilidad de que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto en el Código Penal español, ver mi artículo *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*. separata del "Anuario de Derecho Penal". 1961. ps. 66 y siguientes. A los argumentos allí expuestos cabe añadir aún la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad no puede ser un elemento integrante del dolo en el Código Penal español -aun en caso de que se concibiese al dolo exclusivamente como una forma (o grado) de la culpabilidad- a tenor de lo dispuesto en el número 1º del art. 9º en relación con las causas de justificación del art. 8º (ver la nota 12). Si el autor cree erróneamente que concurren todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, cuando en realidad falta alguna de ellas no esencial, no queda excluido el dolo. *En estos casos existe dolo a pesar de que falta la conciencia de la antijuridicidad*.

CÓRDOBA (E₁ conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, ps. 79-80: notas a la traducción del *Tratado de derecho penal* de MAURACH, I. ps. 301 y ss. y *Una nueva concepción del delito*, ps. 91 y ss.). considera también recientemente que el dolo, en sentido de la teoría de la acción finalista, es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos

§ II. EL CONCEPTO PERSONAL DE LO INJUSTO

1. Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su con-

en el derecho penal español. CÓRDOBA pretende distinguir, sin embargo, el dolo y la malicia. Esta última estaría integrada, según él, por la intención y la conciencia de la antijuridicidad (ver *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, ps. 69 y ss., y 130 y ss.; notas a la traducción del *Tratado del derecho penal* de MAURACII, I, ps. 307 y ss., y *Una nueva concepción del delito*, ps. 91 y ss.). Esta distinción del dolo y de la malicia carece, a mi juicio, de base legal; en el mismo art. 565 aparecen expresamente equiparadas la malicia y la intención -ver los párrafos primero y último de dicho artículo- y el término "intención" está utilizado en el núm. 8 del art. 8º como sinónimo de dolo. (Ver mi recensión de las notas de CÓRDOBA al tomo I de su traducción del *Tratado de derecho penal* de MAURACII. "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1962, fase. 3º. ps. 668-669). Esta distinción le obliga además a CÓRDOBA a reconocer la posibilidad de transformación de un hecho doloso en culposo (lesión o peligro involuntarios de un bien jurídico como consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido) en virtud de un error de prohibición. La inclusión de la llamada culpa jurídica en el art. 565 no es posible, por otra parte, sin violentar el tenor literal del precepto. Si el autor realiza dolosamente un hecho delictivo e incurre en un error culpable sobre la antijuridicidad de su conducta, no será posible decir que ha ejecutado el hecho por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos. ¿Qué sentido tendría en este último caso la exigencia de la infracción de reglamentos? Porque el error de prohibición culpable tendría que ser incluido en el párrafo 1º o el 2º del art. 565 (o en el núm. 3º del art. 586 en los delitos contra las personas, o el art. 600 en el delito de daños) según la medida de la reprochabilidad. Todo el art. 565 (como el núm. 3º del art. 586 y el art. 600) está recortado para la culpa en sentido propio, es decir la culpa de hecho.

Desde un punto de vista histórico no cabe duda tampoco de que el legislador utilizó los términos "malicia" e "intención"

tenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que

como sinónimos y que la malicia no implicaba la conciencia de la antijuridicidad. PACÍ uceo decía, al comentar el art. 1º. que contenía según él -en su primer párrafo- la definición del delito doloso: "La intención, lo que el Código de 1822 llamaba malicia, lo que éste llama voluntad siempre es necesario" (*El Código Penal concordado y comentado*. I, 2ª ed., 1856, p. 81). "El Código de 1822 había creído necesario declarar esta última idea. añadiendo en su definición del delito a las palabras *libre y voluntariamente* la expresión *con malicia*. La malicia de que allí se habla era la intención y no podría ser otra cosa. Pero bien mirado el punto, no creemos que hubiese necesidad de esa redundancia" (ob. cit., p. 74). En el Código Penal de 1822 se utiliza el término "malicia" en la definición del delito doloso (el art. 1º decía: "Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena (. . .)"). En el art. 2º se definían "las culpas": "Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar", y en el art. 10º se declara la *ineficacia del error de prohibición*: "Todo español o extranjero que dentro del territorio de las Españas comete algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este Código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvo las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias". *No se acogió*, incluso, en el texto definitivo la atenuante prevista para el extranjero en el art. 11 del Proyecto: "Sin embargo, si algún extranjero transeúnte y no domiciliado en España, que no lleve tres meses cumplidos de residencia en ella, cometiere alguna culpa o delito de los que no contienen una violación de los principios de justicia reconocidos generalmente, sino una mera contravención de ley. ordenanza o reglamento particular de este reino, podrá poner como excepción la ignorancia de dicho reglamento, ordenanza o ley; y si resultare cierta o verosímil, no se le castigará sino con la mitad de la pena señalada al delito o culpa que hubiere cometido, pero en ningún caso se admitirá la excepción de ignorancia respecto de los delitos de subversión o conspiración del extranjero contra la Constitución política de la monarquía".

lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho *junto* a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.*

Lo injusto de un mismo hecho puede tener, por ello, diversa gravedad para los diferentes codelincuentes. Las lesiones corporales que comete un funcionario en el ejercicio de su cargo, junto con otro individuo que no es funcionario, son más punibles para el funcionario (art. 340) que para el que no lo es (art. 223); la importante regla del párrafo 2º del art. 50 se basa en la idea de lo injusto personal¹¹. El mismo hecho puede estar incluso justificado para un codelincuente y ser, en cambio, para el otro, antijurídico: la comisión antijurídica del hecho en autoría mediata por medio de un instrumento que actúa jurídicamente.

2. La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que acabamos de rechazar, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es, sin duda, esen-

¹¹ Los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperaren como cómplices en la comisión' de los delitos contra la honestidad serán castigados como autores según el art. 445 del Código Penal español. A los demás cómplices del mismo delito se les aplicará, en cambio, de acuerdo con el art. 53. la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor. En la concepción personal de lo injusto (al mismo tiempo que en el principio de culpabilidad) se basa también la regla del párrafo 1º del art. 60, que establece que: "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieran en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran".

cial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El *desvalor* personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal. El *desvalor del resultado* (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea¹⁸.

¹⁸ Éste es también el caso del Código Penal español, que castiga la tentativa inidónea (art. 3º y párrafo 2º del art. 52). En nuestro Código el desvalor del resultado tiene, sin embargo, una relevancia mayor que en el Código Penal alemán, como se advierte en el hecho de que la tentativa se castigue *siempre necesariamente* (art. 52) con una pena inferior a la del delito consumado.

CAPÍTULO IV

EL CONCEPTO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS CULPOSOS

Ver EXNICR. *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951: JZ 56, 457; BOLDT, Z 68, 535 y siguientes.

El principio del cual se derivan los delitos culposos puede ser formulado, del modo más conciso y acertado, mediante el adagio latino: *Quidquid agis, prudenter agas et respice finem* (donde la palabra *finis* no se refiere al fin perseguido por el agente, sino al final o desenlace).

Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe "el cuidado necesario en el tráfico" para evitar dichas consecuencias.

El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido

realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*. mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal¹¹.

En este sentido BGH (Z) (salas reunidas), 24, 21: "el resultado producido no suministra una base suficiente para el juicio valorativo de la antijuridicidad", "pues el juicio de la antijuridicidad (. . .) no puede dejar de atender a la *acción* que conduce al resultado". Con ello se ha abandonado la concepción dominante hasta ahora, de que el elemento esencial, para el derecho penal, del delito culposos consiste en la mera lesión del bien jurídico (ver MEZGER, I, 4ª ed., 45).

A diferencia de los delitos dolosos, los culposos son sólo castigados si la punibilidad de la comisión culposa está establecida expresamente en la ley penal, o se deduce claramente de la índole del delito de que se trate (por ejemplo, en el art. 330; BGH 6, 131).

Ver, sobre el fundamento de la menor extensión de la punibilidad de la conducta culposa, cap. VIH, A, § II, 1, *in fine*.

§ I. EL TIPO

Las disposiciones penales más importantes de los delitos culposos rezan de este modo característico: "El que cause por culpa la muerte de un hombre será castigado (. . .)", art. 222 (del mismo modo, el art. 230 para las lesiones corporales, el art. 309 para el incendio, el art. 314 para la inundación, el párrafo 2º de los

¹¹ Ver las notas 4 y 6.

arls. 121 y 347 para la evasión de presos). El tenor literal de estas disposiciones es incorrecto. Pues la muerte de un hombre, etc.. no puede ser causada por "culpa", sino sólo por una "*acción culposa*".

Ver, v. LISZT. VDB V, 147; NAGLLR, LK. art. 222. 1.

1. *La acción típica*

En los delitos culposos la acción típica no está "*definida en la ley*". Sus tipos son, por ello, tipos "abiertos" o que "necesitan ser completados", pues el juez tiene que completarlos en el caso concreto, con arreglo a un criterio general. Este criterio está descrito, de un modo sumamente acertado, en el art. 276 del Código Civil: "Actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico". El juez tiene que averiguar, pues, en primer lugar, cuál es el cuidado necesario en el tráfico, para el autor, en la situación concreta en que se encuentra y después, mediante una comparación de esta conducta *debida* con la *acción real*, constatar si ésta era o no conforme al cuidado debido.

a) *El cuidado necesario en el tráfico*. — El concepto del cuidado necesario en el tráfico es un concepto *objetivo y normativo*. Para la determinación de su contenido no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino sólo cuál sea el cuidado "necesario en el tráfico"; no sirve de pauta, tampoco, el cuidado que se *observe*, de hecho, en el tráfico, sino el que sea *necesario*. Una conducta responde al cuidado objetivo, si considera *prudentemente* los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio *inteligente*; es decir, si coincide con la conducta que seguiría *un hombre in*

teligente y prudente en la situación del autor. El contenido del cuidado objetivo en el caso concreto se determina, pues, por medio de un criterio "intelectual" y un criterio "normativo".

a) El concepto del cuidado objetivo comprende, en primer lugar, la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio *inteligente* ("objetivamente"). Este criterio de la *previsi-bilidad objetiva* es idéntico al de la causalidad adecuada.

El juicio de la adecuación queda absorbido, en este sentido, en el concepto del cuidado objetivo. Por esta razón quedan excluidos de los tipos de los delitos culposos todos los cursos causales no adecuados.

β) No toda acción, sin embargo, que según un juicio inteligente cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el cuidado debido, pues de lo contrario tendría que ser omitida casi toda acción en el ámbito social. Piénsese sólo en el moderno tráfico urbano: en él se encierra un peligro para los bienes jurídicos de los demás, no sólo todo movimiento que exceda de la velocidad humana, sino casi a cada paso, en virtud del engranaje de todo el tráfico. La participación en el tráfico es completamente imposible sin asumir un cierto riesgo.

El segundo aspecto, de la conducta "*prudente*", se añade y restringe aquí al primero: sólo el peligro que excede de "lo normal en el tráfico", o de "lo socialmente adecuado" es contrario al cuidado debido. Para determinar los límites de este "riesgo moderado" sirve la imagen del hombre "*prudente*", que aparece, por ejemplo, en las sentencias del derecho del tráfico de nuestros tribunales como el conductor "*consciente de su responsabilidad*". "*concienzudo*", o "*cuidadoso*". En él se orientan las sentencias más importantes sobre el riesgo moderado (ver, por ejemplo. BGH 7, 118; 12, 83).

Desde el punto de vista de los riesgos que puede asumir un conductor "*concienzudo y consciente de su*

responsabilidad", la jurisprudencia ha establecido y desarrollado el "*principio de la confianza*", fundamental para el tráfico urbano y según el cual, el que participa en el tráfico puede confiar en que los demás se comportan también correctamente, mientras no le conste lo contrario por circunstancias especiales del caso.

RG 70, 71; DR 41, 2056; además RG 71, 80; 73, 55; 73, 206; BGH 7, 118; 8, 201; 9, 93; 13, 83; 12, 169, es inestructiva la sentencia, OLG Neustadt, en VRS 7, 200; FLOEGEL-HARTUNG, *Srassenverkehrsrecht*, 11^a ed., ps. 27 y siguientes.

Según el BGH, en VRS 14, 294, el principio de confianza rige sólo para el que se comporta correctamente en el tráfico.

Desde los dos puntos de vista, puestos en relación entre sí, del conocimiento *inteligente* de los peligros y de la actitud *prudente* frente a ellos, se ha de averiguar el contenido del cuidado objetivo para el caso concreto.

En el proceso de concreción del concepto de cuidado se pueden fijar también ciertos principios generales de carácter *material*: esto es, principios de experiencia sobre la vinculación de determinados peligros a ciertas formas de conducta, a las que son inherentes y sobre las medidas más adecuadas para evitar estos peligros. Entre los últimos, los más conocidos son los de la *lex artis* de las diversas profesiones. Reglas de este tipo existen en todos los sectores vitales.

El OLG de Baviera habla de las "reglas de conducir reconocidas", que "tienen por objeto la conducta correcta en el tráfico urbano y suministran la pauta de cómo se comporta un conductor cuidadoso" (VRS 4, 385). Estas reglas pueden condensarse en auténticos preceptos jurídicos como, por ejemplo, numerosas disposiciones de tráfico, que "son el resultado de

una previsión general de posibles peligros, basada en la experiencia y en la reflexión" (BGH 4, 185).

Sólo es posible llenar *materialmente* el concepto de cuidado, sin embargo, dentro de ciertos límites. Todas las reglas y principios de experiencia generales son sólo abstracciones generalizadoras de acontecimientos individuales; sólo en la medida en que éstos sean similares pueden realizarse tales generalizaciones.

Las reglas generales y los principios de experiencia son sólo válidos, por ello, para la gran masa de casos similares o "típicos". Siempre cabe la duda, sin embargo, de si concurre o no uno de éstos. El hecho de que una acción (que causa un daño) infrinja un principio de experiencia o una *lex artis* es, por ello, sólo un *indicio*, pero no una prueba de la falta de observancia del cuidado debido. Por esta razón, también, la infracción de medidas policíacas de seguridad, en las cuales se ha decantado la experiencia sobre los peligros y la prevención de ellos, es sólo un "indicio para la prueba" de una falta de observancia del cuidado debido, en el sentido de los delitos culposos (RG 56, 349; 73, 370; BGH 4, 185; 12. 78).

El contenido de la conducta "adecuada" o "correcta" (es decir, el cuidado necesario en el tráfico) no puede ser determinado nunca, por ello, de un modo exhaustivo, en el caso concreto, por medio de las reglas y principios generales de experiencia, ni tampoco de las medidas policíacas de seguridad, sino sólo por medio del principio metodológico, de la acción que realizaría un *hombre inteligente y prudente*, en la situación del autor.

De todos modos, el *principio de la confianza* da lugar a una importante concreción material del concepto del cuidado, al convertir la esperanza en la conducta correcta de *los demás* en la base de la conducta correcta de cada uno de los que participan en el tráfico. Las reglas de tráfico pasan a cumplir, con ello, una fun-

ción especial en el concepto de cuidado: al poder confiar, todo el que participa en el tráfico, en que los demás se comporten también correctamente, adquiere una base firme para saber cómo debe comportarse.

Por ejemplo, cómo debe regular su velocidad al tener preferencia de paso (BGH 7, 118); si debe contar con la posibilidad de que lo deslumbren los coches que vengan en dirección contraria (BGH 13, 82); si debe mirar aun otra vez en el espejo retrovisor al girar hacia la izquierda (BGH en VRS 5, 551).

De este modo se ha de averiguar la conducta que es "adecuada" o "correcta" en la situación en que se encuentra el autor y satisface con ello, el cuidado necesario en el tráfico. La determinación concreta de la conducta correcta para un *autor determinado* no se debe hacer sin tener en cuenta su capacidad; el cuidado necesario en el tráfico se diferencia según la capacidad del autor; el que es capaz de *realizar* correctamente la acción planeada debe realizarla de este modo *en caso* de que la lleve a cabo; el que no es capaz de *realizar correctamente* la acción planeada debe omitirla; para él, la "*conducta correcta*", o el cuidado necesario en el tráfico, es la omisión de la acción.

b) *La inobservancia del cuidado necesario en el tráfico.*
 — La acción real del autor debe ser comparada con el contenido del cuidado necesario en el *tráfico*, toda acción que quede por debajo de esta conducta adecuada o correcta es típica, en el sentido de los delitos culposos.

La medida en que no llegue determina -junto con la importancia del resultado- la gravedad de lo injusto (ver cap. I, §111, 3, *a, in fine*).

No es típica, al contrario, toda acción que corresponda al cuidado necesario en el tráfico. El ordenamiento jurídico no puede exigir, a nadie, más que la observancia del cuidado necesario en el tráfico, pues

de lo contrario tendría que prohibir casi todas las acciones en la vida social: "Un deber ilimitado de omitir toda acción de la cual pudieran derivarse malas consecuencias previstas como posibles, condenaría a los hombres a una inactividad absoluta" (HÄLSCHNER, *Gemeines Deutsches Strafrecht*, I, 317). Con la observancia del cuidado objetivo desaparece el desvalor de la acción. Si se produce la lesión de un bien jurídico como consecuencia de una acción de este tipo, se tratará de "una desgracia pero no de un injusto".

NIESE, *Streik und Strafrecht*, p. 30; de un modo semejante, H. A. FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, 1911, p. 107. Contra una lesión inminente de un bien jurídico, producida por una acción conforme al cuidado objetivo, es posible el estado de necesidad, pero no la legítima defensa (discutido; ver mi Manual, Cap. 14, II, 1 c).

Ver ENGISCH, *lug. cit.*, ps. 344 y ss.; WELZBL, Z 58, 558 y ss.; *Neues Bild* (1ª ed.) ps. 19 y ss.; v. WEBER, Gr. ps. 83 y ss.; MAURACU, *Schuld und Verantwortung*, ps. 78 y ss.; NIESE, *Finalität. Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951; JZ 56, 457; HENKEL, *Mezger-Festschr.* 282; MAYER, 140; GALLAS, Z 67, 42; BOLDT, Z 67, ps. 335 y ss.; FUKUDA, Z 71, 28; HIRSCH, *Neg. Taibestandsmerkmale*, ps. 308, nota 122. Igualmente en el derecho civil: v. CAEMMERER, *JT-Festschr.* II, ps. 71 y ss., 115 y ss., 126 y ss.; *Enn-Nipperdey*. II, ps. 208 y ss.; contra STOLL, JZ 58, p. 137; LARENZ, *Schuldrecht*, 4ª ed., II, p. 360.

Se ha adherido, ante todo, fundamentalmente, a esta opinión el *Tribunal Federal* [BGH (Z) 24, 21, VRS, 14, 30], aunque con la desviación de concebir la conducta correcta en el tráfico como una causa de justificación; en contra, con razón, v. CAEMMERER, *lug. cit.*; p. 134.

Según la concepción aquí desarrollada y que se ha convertido, entre tanto, en opinión dominante, la inobservancia del cuidado objetivo pertenece a lo injusto

de los delitos culposos²⁰. Sólo una vez se ha constatado la falta de observancia del cuidado objetivo (y el desvalor del resultado, ocasionado por ella), se plantea el *problema de la culpabilidad*, es decir, de hasta qué punto le puede ser *reprochada* al autor la falta de observancia del cuidado objetivo (sobre esto, ver cap. VIII, A, § I, *in fine*).

La constatación de la antijuridicidad objetiva y de la tipicidad, que le sirve de base, independiente del problema y de la culpabilidad, cumple en el concepto del delito culposo, como destaca v. CAEMMERER (lug. cit., p. 129), la función inapreciable de poner de relieve las normas de *conducta en que deben poder orientarse todos en la misma situación*: "Todo el mundo debe saber qué conducta está mandada, permitida o prohibida, en una situación determinada".

Aquí está la diferencia decisiva con la doctrina de la acción causal. Dado que ésta ve en el resultado y no en la acción, el elemento decisivo de lo injusto, tuvo que relegar la falta de observancia del cuidado objetivo al concepto de culpabilidad, con las consecuencias que se expusieron en cap. I, § III, 2.

2. *El resultado: la lesión o el peligro del bien jurídico*

Al tipo de los delitos culposos pertenece también, junto a la acción típica y como otro carácter del tipo,

²⁰ En España conciben la falta de observancia del cuidado objetivamente debido como un elemento de lo injusto de los delitos culposos: CKRP.ZO. *Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español*, separata del "Anuario de Derecho Penal". 1961. ps. 64-65 y 68: CÓRDOBA. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, ps. 76-77 y 80. y GIMÜICRNAT. "La causalidad en derecho penal", "Anuario de Derecho Penal". 1962. ps. 567-68.

un resultado: la acción típica tiene que haber dado lugar a una lesión o peligro (no dolosos) de un bien jurídico.

a) Dado que los delitos culposos están contruidos todavía hoy, en su mayor parte, como delitos de lesión, pertenece a la realización del tipo el que la acción que no responda al cuidado debido se haya *materializado* en la lesión de un bien jurídico.

Al desvalor de la acción se añade aquí, un desvalor del resultado. Con él surge un nuevo elemento, *adicional*, del tipo, que no está contenido necesariamente en el desvalor de la acción. Pues una acción es inadecuada o incorrecta -en resumen, no responde al cuidado- con independencia de que conduzca o no a un resultado no deseado.

El desvalor de la *acción*, como *tal* ni puede aumentar por la concurrencia del desvalor del *resultado*, ni disminuir por su falta. Se ha hablado, por ello, con mucha frecuencia, del desvalor del resultado, como del "elemento de azar" en los delitos culposos (ver EXNER, lug. cit., p. 83). La significación del resultado en el tipo consiste en que lleva a cabo una selección dentro de las acciones que no responden al cuidado debido: toda acción que no responde al cuidado debido infringe, sin duda, la norma con indiferencia de que se materialice o no en un resultado, pero sólo al materializarse en un resultado adquiere -al menos según el derecho positivo-relevancia para el *derecho penal*; se convierte en el fundamento material de lo injusto penal típico (ver ENGISCH, lug. cit., p. 342). Aquí se advierte que el resultado no es la parte esencial del delito culposo para el derecho penal²¹.

La producción del resultado tiene que ser consecuencia. precisamente, de la *jaita de observancia* del

²¹ Ver las notas 4 y 6.

cuidado. Este no es el caso si el resultado ha sido causado por la acción que no responde al cuidado debido, pero se habría producido igualmente si la acción hubiera sido realizada con dicho cuidado.

Ejemplos (tomados de sentencias del RG, citadas por EXNER, Frank, *Festgabe* I, 583, 578 y ss.): a un conductor, que conduce imprudentemente, se le echa un niño a la calzada, tan de repente, que habría tenido que herirlo aunque hubiera conducido con toda prudencia. En una operación quirúrgica, un médico emplea para la anestesia, en vez de novocaína, cocaína, que es inadecuada y el paciente se muere; en la autopsia, se advierte que el paciente se habría muerto también aunque le hubieran puesto la inyección indicada de novocaína, como consecuencia de su estado, que no era objetivamente cognoscible por el médico. En estos casos, la acción imprudente ha *causado*, sin duda, la lesión del bien jurídico, pero la falta de observancia del cuidado debido era irrelevante para ello, pues el resultado se habría producido también aunque la acción hubiera sido realizada con arreglo a dicho cuidado.

En estos casos no falta el nexo causal [como creen erróneamente el RG y NAGLER, LK (1944), I, 55], sino la relación, exigida por el tipo, de la producción del resultado y la *falta de observancia* del cuidado debido.

BGH, VRS 5, 284; BGH. 11, i; OLG Stuttgart, NJW 59, 351.

La circunstancia de que el resultado se haya producido, precisamente, como consecuencia de la *falta de observancia* del cuidado debido, debe ser probada con una probabilidad que linde con la certidumbre; en caso contrario se debe absolver. Ver MEZGER, LK (8ª ed.), art. 59, III. 23 c; BGH 11,1.

El resultado causado tiene también sólo interés para el tipo si es la realización de la falta de observancia del cuidado debido. Los resultados que que-

dan fuera de la previsibilidad objetiva del hombre inteligente no pertenecen al tipo de delitos culposos.

Si sólo es objetivamente previsible una lesión corporal, pero no la muerte, se habrá realizado únicamente el tipo de las lesiones corporales culposas (ver RG 38, 272; BGH, LM, art. 222, n° 1; BGH 13, 75). No basta tampoco que en lugar del curso causal no adecuado acaecido hubiera podido producirse "muy bien" otro adecuado. El curso causal *real* es el que tiene que ser adecuado (objetivamente previsible) (RG 29, 219; BGH 3, 62; OLG Celle, VRS 15, 351; HENKEL, NJW 56, 1451).

b) Las leyes más modernas se conforman, cada vez más, con un *peligro*, en lugar de una lesión, *de un bien jurídico*, como resultado de los tipos culposos. Ver los arts. 1° y 49 del Reglamento del tráfico (St.V.O.) y el art. 316. párrafo 2° del Código Penal.

El tipo se ve aquí complicado por la duplicación del concepto de peligro. La acción que infringe el cuidado debido tiene que ser ya, según su concepto, una acción que, según un juicio objetivo, cree un peligro para los bienes jurídicos.

Al exigirse ahora, además, que la acción que infringe el cuidado debido haya puesto en peligro un bien jurídico, surge un nuevo concepto de peligro, que se advierte en el ejemplo siguiente: si el conductor A corta una curva sin visibilidad, hacia la izquierda, lleva a cabo una acción peligrosa, puesto que en el momento de cortar la curva, un observador inteligente, que no pueda ver la curva, lo mismo que A, tiene que contar con los vehículos que pueden venir en dirección contraria. El cortar la curva es una maniobra peligrosa, aunque *después* resulte que no venía nadie por la pista que ocupaba A; pues el juicio de peligro es siempre un juicio *ex ante*, que prescinde de los factores reales que no eran cognoscibles en un momento determinado. *Ex post*, cuando todas las condiciones se

han hecho cognoscibles, la lesión era segura o imposible.

El momento decisivo para la realización del juicio de adecuación, para saber si una *acción* es peligrosa, es el momento del *comienzo* de la acción. Si se pregunta, en cambio, en relación con un *bien jurídico*, si *ha sido puesto en peligro*, entonces se supone que el bien jurídico ha entrado en el radio de acción de un acontecimiento determinado y se pregunta, desde este momento, si *podía* ser lesionado por un efecto de dicho acontecimiento.

En nuestro caso, la acción de A es ya peligrosa en el momento en que empieza a cortar la curva. Otro conductor (B) ha sido puesto sólo en peligro, sin embargo, si se encontraba realmente en la curva, en la pista de A, cuando éste realizó la maniobra peligrosa. Para saber si un bien jurídico ha sido puesto en peligro, es necesario realizar un segundo juicio de adecuación, que tiene por base, no la situación en el momento del comienzo de la acción, sino en el momento en que el bien jurídico entra en el radio de eficacia de la acción.

El art. 84 del Código Penal y los arts. 3º a 6º y 21 de la Ley de difusión de publicaciones peligrosas para la juventud, contienen delitos culposos de peligro de un tipo especial. Versan sobre la publicación y difusión de escritos con un contenido de alta traición y el ofrecer en venta o hacer accesibles a los jóvenes publicaciones de un contenido peligroso para ellos, con desconocimiento culposo de su contenido de alta traición o peligroso para la juventud. El cuidado exigido consiste aquí en el examen del contenido de un escrito antes de su publicación, difusión u oferta en venta (BGH 8, 89, 10, 133); el resultado es el peligro (abstracto) creado por una de las acciones de publicación o distribución.

§ II. LA ANTIJURIDICIDAD

La realización de la acción típica y su materialización en una lesión o peligro de un bien jurídico, constituye un indicio de la antijuridicidad. Ésta puede quedar excluida por las causas de justificación.

Pueden encontrar aplicación, ante todo: la legítima defensa, el estado de necesidad supralegal (OLG Colonia, VRS 16, 442), el derecho de uso de armas y el consentimiento del ofendido (KG. VRS, 7. 184).

Sobre todo ello, ver NIICSK, *Finalität*, ps. 45 y ss.; MAUKACH, A.T.. ps. 436 y ss.; HIRSCH, *Neg. Talbestandsmerkmale*, p. 308, nota 122.

CAPÍTULO V

LA POSICIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

§ I. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

El concepto de la culpabilidad añade al de la acción antijurídica -tanto si se trata de una acción dolosa, como de una no dolosa- un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito. La antijuridicidad es, como vimos, una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico: la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el derecho que sean las acciones en el ámbito social.

La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla. La culpabilidad contiene, pues, una doble relación: la acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación, del no *deber* ser antijurídica por *poder* ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad.

Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría *podido* satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio

desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme a la norma. Y al ser sobre todo la *voluntad* de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción. (Por ello puede calificarse de "culpable", con la misma razón, tanto a la voluntad como a la totalidad de la acción).

§ II. CULPABILIDAD Y VOLUNTAD: LA CULPABILIDAD
COMO REPROCHABILIDAD Y COMO
CONCEPTO VALORATIVO

J. Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad *antijurídica* -tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida-una resolución de voluntad *conforme con la norma*. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. Sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y sus disposiciones -todo aquello que el hombre meramente "es"- pueden ser valiosas o de escaso valor (pueden ser también valoradas, por consiguiente), pero sólo lo que haya hecho de ellas o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido y debido hacer de ellas o como las hubiera podido y debido emplear, sólo esto puede serle computado como "mérito" reprochado como "culpabilidad".

Puede incurrir sólo en culpabilidad el individuo, por estar dotado de una voluntad, pero no una corporación u otro ente colectivo. Un problema distinto es el de si y hasta qué punto, responde una corporación por los delitos cometidos por sus órganos.

Ver los arts. 393 y 416 del Reglamento tributario del Imperio (RABgO); LANGÍC, JZ 52, 261; BKÜNS. JZ 54, 12, 251; JKSCIHCKK", Z 65, 210; DÖV, 53, 540; Scmvicz, Z 70, 245; HICIMTZ, ENGISCII y HÄRTUNG, *Verhandlungen des 40. deutschen Jurisientages*, 1953; SCIIIIIT, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958; va aún más lejos, BGH 5, 32; v. WICHEN. DRiZ 51, 155, GA 54, 237. Sobre la responsabilidad de los representantes, ver mi Manual, Cap. 15, I, 2.

2. La esencia de la culpabilidad puede ser definida, del modo más exacto, mediante la palabra, no muy bella estilísticamente, de "reprochabilidad". Al representarse aquí - como en la antijuridicidad (ver cap. II, § II)- al ordenamiento jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina también, muchas veces, a la reprochabilidad *reproche* de la culpabilidad y a la culpabilidad *juicio de culpabilidad*. Esto no es nocivo si se tiene siempre presente el carácter metafórico de estas expresiones y se recuerda que la culpabilidad es una *calidad* negativa de la acción misma del autor y no está situada en las cabezas de las otras personas que enjuician la acción.

3. Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho.

La culpabilidad es un concepto *valorativo* negativo y por tanto, un concepto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla.

Con arreglo a este criterio, la voluntad de la acción *tiene* (o es portadora de) una culpabilidad mayor o menor, *es* más o menos *culpable*; pero ella misma no es la culpabilidad. La culpabilidad es una *calidad valorativa* negativa de la voluntad de la acción. pero no es la voluntad misma. Por ello es falsa la antigua doctrina, que repercute aún hoy muchas ve-

ees, de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico (por ejemplo, el estado anímico descrito en el tipo subjetivo). Un estado anímico puede *ser portador* de una culpabilidad mayor o menor, pero no puede *ser* una culpabilidad (mayor o menor).

La identificación de un estado anímico con la culpabilidad obedece a la inexactitud del uso del lenguaje, que designa muchas veces el todo con una simple parte [*pars pro toto*]. Culpabilidad, en este sentido amplio, es la voluntad de la acción, antijurídica y culpable, o (en el sentido más amplio) la *acción* (típica, antijurídica) culpable (en este sentido se habla, por ejemplo, en el art. 263 de la Ley procesal penal (St. P. O.) del "problema de la culpabilidad").

Es evidente que la culpabilidad en sentido amplio (como voluntad de la acción culpable, o como acción culpable) presupone conceptualmente la culpabilidad como cualidad (reprochabilidad), es decir la culpabilidad en sentido estricto y propio. En este capítulo se trata, sin embargo, de la culpabilidad como *cualidad o reprochabilidad* de la voluntad o de la acción.

La culpabilidad, en sentido estricto (la reprochabilidad), presupone, en cambio, una determinada voluntad o una determinada acción, como su soporte específico: sólo una voluntad (antijurídica) o una acción (típica, antijurídica) puede ser culpable, en el sentido relevante para el derecho penal. Por ello "pertenece" a la culpabilidad la voluntad antijurídica o la acción típica, antijurídica, como su posible portadora.

En el juicio de la culpabilidad, se examina la reprochabilidad de la voluntad típica y antijurídica: ¿en qué condiciones y en qué medida puede serle *reprochada* al autor como un fracaso *personal* frente al ordenamiento jurídico?

De lo dicho se deduce que "pertenece" a la culpabilidad, no sólo la voluntad de la acción, en general, sino también el dolo, en particular (como una espe-

cié de la voluntad de la acción). La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece *también* a la culpabilidad (como su posible portador), sino sólo sobre si pertenece *únicamente* a la culpabilidad.

A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal. "pertenecen" todos los caracteres del delito previos a ella: acción (conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción (o conducta) típica y antijurídica puede ser culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad (la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, la voluntad de la acción -aunque es *también* portadora del reproche de la culpabilidad- es ya *antes* un elemento de la *acción*; el *dolo* es ya antes un elemento del *tipo* de los delitos dolosos y con ello un presupuesto material de la antijuridicidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma *no dolosa* un tipo, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos.

En la culpabilidad se examina hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor esta voluntad de la acción. Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito.

III. EL DESARROLLO DE LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA MODERNA

La comprensión de que la esencia de la culpabilidad consiste en la "reprochabilidad" es el resultado

de un largo proceso de desarrollo. En la dogmática moderna se separaba al principio lo "externo" e "interno", lo "objetivo" y lo "subjetivo" (ver cap. III, § I). Todo lo externo-objetivo era asignado a la antijuridicidad y todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser "la relación anímica del autor con el resultado". Pero aún antes que en la antijuridicidad se advirtió aquí la imposibilidad de realizar la separación entre lo externo y lo interno. ¿En qué debía consistir la relación anímica del autor con el resultado en la culpa inconsciente? La culpa inconsciente fue el primer escollo en que se estrelló la concepción psicológica de la culpabilidad.

El intento de RADBRUCH (Z 24, 344) de construir la culpa de un modo puramente psicológico fracasó. KOHLRAUSCH (*Reform*, I, 194) creía, en cambio, que de estas dificultades había que deducir la consecuencia de que la culpa (inconsciente) no era una forma de la culpabilidad, puesto que en ella falta la relación psíquica del autor con el resultado.

En estas dos consecuencias erróneas se advirtió que la concepción psicológica de la culpabilidad era insostenible. El primer paso para la comprensión del carácter normativo de la culpabilidad lo dio FRANK (*Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907) y le siguieron pronto BELING (*Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910), GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913), FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, 1922) y la doctrina dominante. Aún no se había aclarado, sin embargo, la relación de la reprochabilidad y "la relación psíquica del autor con el resultado"; aún se incluía la "relación psíquica" en el concepto de la culpabilidad, como elemento esencial, por lo menos en el dolo.

DOHNA (*Aufbau*, 32) fue el que dio el paso decisivo hacia "la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una

valoración"; separó tajantemente la *valoración* (reprochabilidad) y su *objeto* (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la *valoración* del objeto.

Siguiendo el camino iniciado por DOHNA, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar apropiado, como una especie de la voluntad final de la acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos²².

Las doctrinas del tipo y de lo injusto dan cabida, pues, cada vez más, a elementos anímicos, que habían sido atribuidos, en un principio, erróneamente al concepto de culpabilidad: primero los elementos subjetivos de lo injusto y luego la voluntad de la acción.

El concepto de la culpabilidad, como tal, no comprende, en cambio, los elementos subjetivos-anímicos y conserva sólo el crimen normativo de la *reprocha-bilidad*, con arreglo al cual se examina si la voluntad de la acción es *culpable*. En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de la acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la

²² En el juicio de la culpabilidad se siguen teniendo en cuenta, sin embargo, elementos tácticos que no son objeto de consideración en los elementos anteriores del concepto del delito. por ejemplo la conciencia de la antijuridicidad y la imputabilidad. Estos elementos no pueden ser trasladados al tipo y a lo injusto por razones de carácter lógico. La imputabilidad de la acción antijurídica no puede ser nunca lógicamente elemento constitutivo de su antijuridicidad. Lo mismo sucede con la conciencia de la antijuridicidad, que no puede ser elemento constitutivo de la antijuridicidad de la conducta. La distinción de la valoración y de su objeto es posible y obligada *lógicamente*. pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración. El problema consiste, más que en la distinción de la valoración y su objeto, en la *inserción correcta* de los elementos tácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito.

solución correcta de los problemas de la acción, de la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de la culpabilidad, del error sobre el tipo y del error de prohibición, de la participación, etcétera.

Las objeciones tradicionales a la doctrina de la acción finalista por "la subjetivización de lo injusto", o "el vaciamiento del concepto de la culpabilidad", son, por ello, completamente infundadas. Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento *objetivo*, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto del reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad (ver el cap. VIII, A. §1); con ello se destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica, así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad.

En los delitos *culposos*, la culpabilidad queda completamente depurada de elementos extraños, al incluir la infracción del cuidado debido en el tipo; al mismo tiempo, con el destaque el desvalor de la acción, quedan constituidos el tipo y la antijuridicidad. El supuesto "vaciamiento del concepto de la culpabilidad" es, en realidad, su *depuración* de elementos extraños.

La doctrina de la acción finalista no debe ser confundida, por ello, con una concepción puramente subjetiva de lo injusto, como la que sustenta recientemente GERMANN, sino que, gracias a la acentuación de la función objetiva de la voluntad, conduce en muchos lugares a una mayor objetivación del derecho penal (como, por ejemplo, en la doctrina de la participación, al no atender a la voluntad subjetiva del autor -aquella consecuencia, precisamente, del objetivismo causal-).

CAPÍTULO VI

LOS PRESUPUESTOS EXISTENCIALES DEL REPROCHE DE CULPABILIDAD: LIBRE ALBEDRÍO E IMPUTABILIDAD

Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad *antijurídica* -tanto si va dirigida dolosamente a la realización del tipo, como si no responde a la medida mínima exigida de dirección final- una resolución de voluntad *conforme con la norma*.

Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. Sólo aquello que depende de algún modo de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus facultades y sus disposiciones -todo aquello que el hombre simplemente "es"- pueden ser valiosas o de escaso valor (pueden ser también valoradas, por consiguiente), pero sólo lo que haya hecho de ellas o cómo las haya empleado, en comparación con lo que debía haber hecho de ellas o cómo debía haberlas empleado, puede serle atribuido como "mérito" o reprochado como culpabilidad.

El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo más correcto, es decir, conforme con la norma, y esto no en el sentido abstracto de que *algún hombre* en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que *este hombre, en esta*

situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma. Este problema se descompone, tradicionalmente, en otros dos:

1. ¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de la falsa? (El problema del libre albedrío.)

2. En caso de que se admita esta posibilidad, ¿tenía esta capacidad el autor *concreto*? (El problema de la imputabilidad o -mejor- de la capacidad concreta de culpabilidad.)

§ I. LOS PROBLEMAS DEL LIBRE ALBEDRÍO

Los problemas del libre albedrío presentan tres aspectos diferentes: uno antropológico, uno caracteriológico y otro categorial.

1. *El aspecto antropológico*

Ver, sobre esto, SCHELER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 1929; GEHLKIN, *Der Mensch*, 5ª ed., 1950; ROTILACKER, *Die Schichten der Persönlichkeit*, 5ª ed., 1952; LORENZ, *Zeitschrift für Tierpsychologie*, V, ps. 361 y ss.; STORCH, *Osterr. Z. f. ÖJJ. Recht*, 3 (1951), p. 358.

La teoría evolucionista, que se inicia con DARWIN y que llegó a ser dominante en la segunda mitad del siglo XIX, había enraizado profundamente al hombre en el mundo biológico -de acuerdo con el pensamiento mecanicista de la época. El hombre era únicamente el último eslabón de la especie de los primates; su inteligencia una mayor y más fina diferenciación de los instintos animales, de modo que desde el instinto animal a la inteligencia humana debía existir una línea evolutiva directa. (Es conveniente recordar que Franz VON LISZT había basado completamente en esta

doctrina su Programa de Marburgo de la pena final, de 1882, por *no* hablar de la íntima relación de la *scuola positiva italiana* de LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI con estas doctrinas naturalistas.)

Estas concepciones se han revelado como insostenibles. No sólo filósofos sino también zoólogos y psicólogos de animales (STORCH, LORENZ) han puesto de manifiesto que no es una mayor diferenciación de los instintos animales, sino "precisamente, al contrario, una gran involución de las formas innatas de conducta, el presupuesto de los actos libres de la inteligencia" (LORENZ, *lug. cit.*, p. 362).

El hombre se caracteriza por un gran retroceso de las formas innatas, instintivas, de conducta, por consiguiente, de aquellos reguladores biológicos que conducen al animal con seguridad. El hombre, por su gran "libertad de los instintos", es también un ser especialmente indefenso. La pérdida de "aquellos estados de equilibrio en que se encuentran los impulsos, los movimientos instintivos (. . .) y los esquemas innatos en cualquier otro animal" hubiera sido mortal para la subsistencia de la especie humana si no "se viera compensada por una determinada capacidad, que, según su esencia, es tan constitutiva para nuestra especie como la perturbación de las formas heredadas de la conducta: la del pensamiento racional, ordenado cate-gorialmente y sobre todo su aplicación en el problema categórico, con la cual el hombre se revela como responsable de su acciones, desvinculadas de las 'reglas del juego' innatas de la conducta instintiva" (LORENZ, *lug. cit.*, ps. 370 y ss.).

En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza *negativamente* por una gran libertad de las formas innatas e instintivas de conducta y *positivamente* por la capacidad y la tarea de descubrir y realizar *por sí mismo* la conducta correcta por medio de actos inteligentes.

A la "libertad existencial y desvinculación de lo orgánico" (SCHELKR) corresponde, como una característica *positiva* y decisiva del hombre, la vinculación de su espíritu a los criterios de la verdad, del sentido y del valor, según los cuales tiene que dirigir por sí mismo su conducta por medio de actos responsables.

El hombre es un *ser responsable* o, más exactamente, un ser con una disposición a la responsabilidad; éste es el criterio decisivo, que lo separa ya existencialmente (como *homo phänomenon*) y no sólo normativamente (como *homo noumenon*) de todo el mundo animal. Al hombre no le es *dado* biológicamente el orden de su existencia, como al animal, sino que le está confiado responsablemente como tarea, como un sentido vinculante de la vida. "Al animal le es inmanente el sistema de acción típico de su especie, en virtud de la transmisión hereditaria. Cada hombre tiene que elaborarse, en cambio, su sistema de acción -en el fondo, individual-específico- en un período de aprendizaje, llenando sus disposiciones, dadas de un modo general, pero vacías de toda forma detallada de ejecución. El animal posee un sistema de acción, el hombre tiene que adquirirlo, cada uno para su persona, para poder vivir" (STORCH, *lug. cit.*, p. 366).

Con ello vuelve la antropología filosófica (como la moderna psicología comparada) al antiguo conocimiento filosófico, al que diera SCHILLER expresión clásica en *Gracia y dignidad*: "En el animal y en la planta la naturaleza no sólo indica el destino, sino que lo realiza también ella sola. Al hombre, sin embargo, le indica sólo el destino y le confía su realización (...). Sólo el hombre, como persona, tiene entre todos los seres vivos el privilegio de romper con su voluntad el anillo de la necesidad, que es indestructible para los meros seres naturales y de dar comienzo en sí a una serie completamente nueva de fenómenos".

2. Ei aspecto caracterológico

Ver RoTiiAC.Kicu, lug. cit.: LEUSCH, *Der Aijbau der Person*: WKI.XKI., Z 60, ps. 428 y siguientes.

El retroceso de las formas innatas de conducta y la aparición de un Yo como centro responsable, han hecho que la estructura anímica del hombre tenga una *pluralidad de capas*. Una "capa profunda" comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie y la autoconservación, las pasiones, los deseos, las aspiraciones anímicas "más elevadas", las inclinaciones, los intereses, etc., procedentes de los instintos. que afectan al Yo, lo toman, lo cautivan, lo arrastran y tratan de impulsarlo a una acción, de modo que aparece como una víctima pasiva de los impulsos.

Sobre estos impulsos de la capa profunda se eleva él "mismo", como centro regulador que los dirige conforme a sentido y valor: los actos del pensamiento, que se apoyan en razones lógico-objetivas y de la voluntad, que se orienta según sentido y valor. No se trata aquí de la dirección del suceder causal *externo* -por consiguiente de la finalidad, en el sentido en que hemos hablado de ella hasta ahora- sino de la dirección de los impulsos *ánimicos*.

Nos encontramos aquí con un segundo concepto *más restringido* de voluntad. Hasta hora habíamos utilizado este término en un sentido *más amplio*, que comprende todos los impulsos dirigidos a la realización de un fin, incluso los impulsos instintivos, pasiones y aspiraciones.

La dirección final que habíamos analizado hasta hora, se refería, por ello, exclusivamente, a la forma específica de *realización* de los fines de los impulsos en el mundo exterior [*dirección de la acción*]. A este respecto era indiferente a qué clase de impulso obe-

deciera la decisión de la acción: también las acciones instintivas y pasionales "que siguen inmediatamente al impulso" están dirigidas desde el fin anticipado; *toda* acción "está basada en un esquema anticipado de su curso y del resultado" (LERSCH).

Los impulsos pueden ser también dirigidos, sin embargo, y precisamente según su contenido de sentido y de valor para una configuración de la vida que se extienda más allá del momento presente. Objeto de *esta* dirección final no es el suceder causal externo -en todo caso no de modo inmediato- sino los *impulsos* que apremian para su realización (*dirección de los impulsos*). El criterio de esta dirección no es la idoneidad de los medios para alcanzar el fin, sino el contenido de sentido y de valor de los fines de los impulsos. La función anímica correspondiente es la voluntad, en el sentido *restringido* que hemos de comentar ahora.

Al no diferenciar debidamente la dirección de la *acción* de la dirección de los impulsos, HENKEL (*Der Mensch im Recht, Studium Generale*, t. 13, p. 238) llega a una concepción demasiado restringida de la doctrina de la acción finalista.

Todos los impulsos tienen un doble aspecto: una determinada fuerza y un determinado contenido de sentido. Los dos aspectos pueden no coincidir: la fuerza puede ser grande y el contenido de sentido pequeño y al contrario.

Ahora bien, mientras los impulsos discurren como vivencias "emotivas", es decir, exclusivamente en la capa profunda, decide sólo, en caso de contraposición entre ellos, su fuerza, es decir, el más fuerte vence y somete a los otros (la llamada lucha de los impulsos). La decisión de la acción es entonces sólo el resultado del impulso que ha llegado a dominar. En cambio, tan pronto como intervienen los actos de dirección, conforme a sentido, del Yo-centro (del pensamiento y de la voluntad), no se experimentan ya sólo los impul-

esos en su fuerza emotiva, sino que son comprendidos en su contenido de sentido y su significación valorativa para una configuración correcta de la vida; de acuerdo con este contenido de sentido, se convierten en motivos, al apoyarse en ellos la decisión de la voluntad como en sus razones objetivas (lógicas o valorativas).

Los actos de la función del Yo (del "mismo") discurren en el medio del sentido y no de la fuerza causal: los motivos del pensamiento y de la voluntad son las razones objetivas, es decir, no causales, en las que se apoyan, conforme a sentido, los actos del pensamiento y de la voluntad. En este proceso, el impulso valioso es permitido y el contenido de fuerza del no-valioso, destruido.

También en este proceso son los impulsos de la capa profunda el presupuesto material de los actos de dirección conforme a sentido. Todos los fines materiales proceden - tanto en lo bueno como en lo malo- de la capa profunda, son los fines de los impulsos instintivos, las aspiraciones, los intereses, etcétera. Sólo aquello a lo que nos incita y arrastra un impulso instintivo, una aspiración, un interés, puede convertirse en fin de una decisión de la acción, tanto si es adoptada de un modo instintivo o conforme a sentido.

La significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, orientada en el sentido, consiste, sin embargo, en que hace posible una nueva configuración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y permite, con ello, al hombre la regulación de sus impulsos, que le está confiada de modo responsable después de la desaparición de los instintos biológicos.

3. *El aspecto categorial*

Ver HAKTMANN, *Ethik*; WHISKI., Z 60, ps. 428 y siguientes.

Después de este deslinde existencial del problema del libre albedrío no puede tratarse ya de la pre-

gunta del "si", sino sólo del "cómo": ¿cómo le es posible al hombre el dominio de la coacción causal por medio de una dirección orientada en el sentido, en virtud de la cual, únicamente, puede hacerse *responsable* de haber adoptado la decisión falsa en lugar de la correcta?

La respuesta no puede ser hallada por la vía del indeterminismo tradicional, pues éste destruye, precisamente, al sujeto responsable: si el acto de voluntad del hombre no estuviera determinado por nada, el acto de voluntad posterior no podría guardar ninguna relación con el anterior, ni de modo inmediato, ni a través de un sujeto idéntico, puesto que en otro caso estaría ya determinado por algo.

El estado posterior del sujeto no debe tener, por consiguiente, nada que ver con el anterior, del que surgió la decisión. Con esto, el indeterminismo destruye, sin embargo, precisamente, al sujeto idéntico, que podría ser hecho responsable de sus actos, puesto que el autor posterior no debe tener ninguna relación con el anterior. El indeterminismo convierte a los actos de voluntad en una serie completamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo.

A la solución nos aproximamos sólo mediante el reconocimiento de la concurrencia de varias formas de determinación. El error del determinismo tradicional consiste en la creencia de que existe sólo una única forma de determinación, que desde comienzos de la edad moderna se suele considerar que es la causalidad, es decir, el *monismo* causal.

En el monismo causal no es posible, sin duda, el reproche de que el hombre haya adoptado la decisión falsa en lugar de la correcta, puesto que toda decisión -con indiferencia de si es falsa o correcta- debe estar necesariamente prefijada.

Eri el ámbito del acontecer externo de la acción hemos visto a una conformación del vínculo causal

por el nexo final. Ahora leñemos que ver si es posible la dirección, conforme a sentido, de los *impulsos anímicos* del hombre. No se trata ahora de la libertad de la acción, sino de la libertad de la voluntad. El problema que aquí se plantea puede ser aclarado por medio de un ejemplo:

Cuando se escribe durante mucho tiempo, o sin la concentración necesaria, se producen a menudo, como es sabido, errores típicos de escritura. Siempre se equivoca uno en la misma palabra y del mismo modo. Si se presta de nuevo más atención y no se escribe ya la palabra de un modo tan mecánico, puede observarse aún claramente la tendencia anímica a cometer el antiguo error: la pluma se dispone a trazar el antiguo rasgo equivocado. Este acontecer defectuoso discurre todavía completamente por vías causales: una determinada conexión asociativa produce el resultado en un proceso ciego. Lo que resulta está prefijado por causas anteriores. Si me doy cuenta de la equivocación constante y hago un esfuerzo de atención, percibo todavía la antigua tendencia asociativa, en cuanto viene la palabra, pero la supero por medio de un acto dirigido de acuerdo con el sentido y escribo la palabra "correctamente". Aquí interviene una nueva forma de determinación: el resultado no es ya la resultante ciega de conexiones asociativas anteriores, sino que el contenido de sentido que se propone realizar el autor, por consiguiente el fin que tiene a la vista, es el que determina la ejecución del acto.

Esta forma de determinación se da en todos los actos de conocimiento: la comprensión de la estructura interna de un objeto no es el resultado de conexiones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina ella misma, de un modo vidente, de acuerdo con el objeto que tiene a la vista.

Los elementos del objeto y sus relaciones objetivas son las razones videntes en las que el acto de

pensamiento apoya sus diversos pasos. No son las causas ciegas, como en las conexiones asociativas, las que determinan los pasos del pensamiento, sino que éste se determina a sí mismo, de acuerdo con el contenido lógico-objetivo del estado de cosas que tiene a la vista. La forma de ejecución de los actos de pensamiento revela, por ello, con la máxima claridad, la forma fundamental de realización de los actos finales: mientras que en la causalidad el efecto es la resultante ciega (indiferente a sentido) de los factores causales existentes en aquel momento, en la finalidad el fin determina los pasos que a él conducen, pero no de modo que él, a su vez, arrastre hacia sí ciegamente los diversos actos (como una especie de causalidad final, como en la predestinación), sino porque contiene las razones videntes, apoyándose en las cuales el pensamiento se abre por sí mismo camino hacia él.

Con ello no se ha dicho, sin embargo, que los actos de pensamiento sean completamente independientes de causas. Que el pensamiento se basa también en una infraestructura causal se advierte ya en el hecho de que se vea dificultado, o impedido completamente, en los estados de cansancio. Pero estas condiciones previas, causales, son mera "infraestructura", es decir, son el presupuesto necesario de la *existencia* de actos de pensamiento, pero no de la *forma* de su ejecución: el *modo* como discurra el pensamiento no se determina según causas ciegas, sino según razones videntes.

Pero no sólo los diversos pasos del pensamiento, sino también los impulsos para pensar no pueden estar determinados únicamente por causas anteriores. Naturalmente que para el querer conocer -como para todo acto de voluntad- es necesario, como condición material, un impulso de la capa profunda (un interés en conocer), pero su relación con los demás impulsos, quizás contrarios, no se determina en el proceso del conocimiento según su mera fuerza, sino según su

contenido de sentido como tarea objetiva: el conocimiento es sólo posible si puede ser asumido responsablemente como la realización de una tarea planteada al sujeto y comprendida conforme a sentido.

Dicho de otro modo: si el conocimiento ha de ser posible, el sujeto cognoscente no puede ser únicamente objeto del juego de sus impulsos, sino que tiene que tener la capacidad de comprender el impulso del conocimiento como una tarea plena de sentido, que debe ser afirmada frente a los impulsos contrarios, es decir, de asumir la *responsabilidad* por el acto de conocimiento.

El conocimiento supone no sólo que sus diversos pasos discurren de un modo no causal (es decir, que no estén fijados, ciegamente, por condiciones previas), sino también que el sujeto pueda asumir con propia responsabilidad la adquisición de conocimientos como una tarea plena de sentido. Pero como la posibilidad de conocimiento no puede ser negada *por principio* -puesto que la misma negativa implicaría un conocimiento- no pueden ser negadas tampoco razonablemente sus condiciones necesarias: esta es la significación permanente del argumento del conocimiento para el problema del libre albedrío.

Libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad *de* la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, *para* la autodeterminación conforme a sentido. No es -como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar *de otro modo* (por consiguiente, también mal, o de un modo absurdo), sino para poder actuar *conforme a sentido*.

La libertad no es, por consiguiente, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y lo absurdo, el valor y el desvalor (así, por ejemplo, HARTMANN, *Ethik*, p. 714; la admisión de una libertad así, sin fundamento, nos conduciría sólo, de nuevo, al camino erróneo del indeterminismo y destruiría el sujeto de la responsabilidad. Mientras lo no valioso de-

termina al hombre, lo hace en la forma de la presión causal (como ira, envidia, codicia, animosidad, ansia de poseer, apetito sexual, etc.) y no ha intervenido todavía el acto de la libertad.

Mala voluntad es dependencia causal del impulso contrario a valor y por tanto, voluntad no libre. La libertad no es un estado sino un acto: el acto de la liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido.

En la falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de ella. No es la decisión conforme a sentido a favor del mal, sino el quedar preso y dependiente, el dejarse arrastrar por impulsos contrarios a valor.

Con ello se ha llegado ya al límite máximo del análisis del problema de la libertad. La pregunta acerca de *cómo* puede el hombre liberarse de la presión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido, *no* puede ser contestada, lo mismo que la pregunta acerca de cómo consigue la causa producir el efecto. La pregunta misma carece aquí de sentido.

Este análisis del problema de la libertad permite aclarar la relación del derecho penal y la criminología. Entre los conocimientos de las dos ciencias parece existir un raro contraste, e incluso una contradicción. Las dos tratan no sólo metodológicamente el mismo objeto de un modo diverso, sino que parecen tratarlo también objetivamente como si fueran dos objetos distintos.

Mientras que en el derecho penal el delito es concebido como un abuso de la libertad, que le es reprochado al autor como culpable y es sancionado con una pena, en la criminología aparece, en todos los aspectos, como un producto causal de la disposición y el mundo circundante. Las dos afirmaciones parecen excluirse por contradicción.

El análisis de la libertad pone aquí de manifiesto que en realidad no existe una contradicción. La culpabilidad no significa "libre" decisión en favor del mal, sino quedar preso de la coacción causal de los impulsos siendo el sujeto capaz de autodeterminación conforme a sentido. El delito es, por ello, en efecto, enteramente, un producto de factores causales y la suposición e incluso la indicación del porcentaje en que la "libre voluntad del autor" haya participado, junto a la disposición y el mundo circundante, en la génesis del delito (SAUER, *Kriminologie*, ps. 59 y ss.) es un juego peregrino. El derecho penal no parte tampoco de la tesis indeterminista de que la decisión de cometer el delito proceda enteramente, o en parte, de una voluntad libre y no del concurso de la disposición y el mundo circundante; parte del conocimiento antropológico de que el hombre, como ser determinado a la responsabilidad, está existencialmente en condiciones de encauzar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos. La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino precisamente la falta de una decisión conforme a sentido en un sujeto responsable.

§ II. LA IMPUTABILIDAD (CAPACIDAD DE CULPABILIDAD)

Ver K. SCIINICIDKR, *Die Beurteilung der Zurechnungsjahigkeit*, 3^a ed., 1956; MII/GIJR, I, ps. 141 y ss.; SIIIIILIU, *Mezger-Fesischriß*, ps. 213 y ss.; IM: BOOR, *Über motivisch unklare Delikte*, 1959.

1. *Los problemas de la constatación de la imputabilidad*

Con el conocimiento de que el hombre, como ser determinado a la responsabilidad, es capaz de una

autodeterminación conforme a sentido y con la comprensión de la estructura categorial de esta forma de determinación, se ha logrado ya, sin duda, una definición general de la naturaleza del hombre y de su libertad, pero no se sabe todavía si *este* hombre, en la situación *concreta*, era realmente capaz de autodeterminación conforme a sentido. Una constatación de este tipo no es un juicio general sobre la esencia, sino un juicio existencial, del que se deriva una afirmación sobre la realidad individual.

Ahora bien, el que algo sea real no cabe deducirlo de conceptos generales, sino sólo averiguarlo de un modo empírico-práctico. Esta experiencia empírica plantea aquí precisamente especiales dificultades, pues el "objeto" de que aquí se trata, la capacidad concreta de culpabilidad, no es pasible de percepción, sobre todo por terceras personas, e incluso la propia conciencia de la capacidad de culpabilidad no es un criterio fidedigno de su existencia, puesto que a menudo enfermos mentales graves defienden obstinadamente su imputabilidad.

La capacidad concreta de culpabilidad de un hombre no puede ser nunca *objeto* de conocimiento teórico; por ello se niegan, con razón, los psiquiatras, conscientes de su responsabilidad, a responder "científicamente" a esta pregunta. Pueden constatar la presencia de determinados estados anormales del espíritu, como las enfermedades mentales, perturbaciones de la conciencia, etc., pero la exclusión de la capacidad de culpabilidad en estos estados excede ya de su -como de todo- juicio científico.

Todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto aquello que por principio no es pasible de objetivación: la subjetividad del sujeto. Aquel acto, por el que el hombre se eleva por encima del mundo de los objetos, de la experiencia para convertirse en *un* sujeto razonable,

no puede ser nunca objetivado. Es lo absolutamente no-objetivo, que no puede ser convertido nunca en objeto sin ser destruido en su mismidad.

El juicio de que un hombre determinado, en una determinada situación, es capaz de culpabilidad, no es, por ello, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y de carácter "comunicativo": es el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y por ello tan sujeto responsable como yo. Es más fácil, por ello, formular este juicio de modo negativo que de modo positivo: excluye entonces a todos aquellos hombres que no son todavía, o no son ya, capaces de la misma autodeterminación plena de sentido; estos son los que por su juventud (y sordomudez), o por su anormalidad mental, no son capaces de culpabilidad.

2. *La definición legal de la imputabilidad*

Mientras que el art. 51 en su redacción originaria definía la capacidad de culpabilidad de un modo impreciso como "libre determinación de la voluntad", en su nueva reducción (basada en la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos de 24/11/1933, en conexión a su vez con el art. 3º de la Ley de los Tribunales de menores de 1923) define la capacidad de culpabilidad por medio de los caracteres de la autodeterminación conforme a sentido, que dan un contenido positivo a la imprecisa "libre determinación de la voluntad". Capacidad de culpabilidad (imputabilidad) es, según ello, la capacidad del autor:

- a) de comprender lo injusto del hecho y
- b) de decidirse de acuerdo con esta comprensión. Arts. 3º de la Ley de los Tribunales de menores y 51 y 55 del Código Penal.

La capacidad de culpabilidad tiene, pues, un elemento de conocimiento (*intelectual*) y un elemento de

voluntad (*voluntario*): la capacidad de *comprensión* de lo injusto y de la *determinación* de la voluntad (conforme a sentido). Sólo la suma de los dos elementos constituye la capacidad de la culpabilidad (ver RG 73, p. 122). Si falta uno solo de ellos, por juventud o por trastornos mentales anormales, el autor no es capaz de culpabilidad.

Sobre la regulación legal, en particular, ver mi Manual, ps. 133 y siguientes.

CAPÍTULO VII

CULPABILIDAD Y PERSONALIDAD

Ver WELZEL, Z 60, ps. 428 y ss.; GEHLEN, *Der Mensch*, 4ª ed.; ROTHACKER, *Die Schichten der Persönlichkeit*, 5ª ed., 1952.

Culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido -gracias a la cual la persona puede dirigir su conducta de acuerdo con el orden jurídico de la existencia, a ella confiado- al realizar una acción antijurídica. Esta falta puede ser un fracaso único del Yo-centro responsable de la persona; puede basarse también, sin embargo, en una capa permanente de la personalidad.

En este lugar tenemos que completar nuestras consideraciones carcterológicas anteriores (cap. VI, § I, 2). Allí pusimos de manifiesto que la estructura anímica del hombre presenta una pluralidad de capas. Los impulsos de la capa profunda quedan sometidos al Yo-centro (a la función del Yo, o al control del Yo), como órgano de control y regulador que dirige aquellos impulsos de acuerdo con los órdenes valorativos de la existencia, confiados al hombre como tarea.

Ahora bien, sería imposible, sin embargo, una vida humana ordenada conforme a sentido, si la personalidad se encontrara sólo con este Yo-centro puntiforme

frente a las excitaciones de la capa profunda. La conducta humana se vería paralizada si el Yo-centro tuviera que atender conscientemente, una a una, la gran cantidad de excitaciones "emocionales". Se vería también paralizada si la personalidad tuviera que adoptar cada vez de nuevo sus decisiones fundamentales. El Yo-centro puede actuar siempre sólo para unas pocas tareas *actualmente* decisivas; todas las demás tienen que quedar ya decididas en lo semiinconsciente y en lo inconsciente. Esta decisión previa forma parte de la función de una "capa de la personalidad", situada entre la capa profunda y el Yo-centro.

Esa "capa de la personalidad" es -vista desde el Yo-centro- un depósito de las decisiones adoptadas anteriormente, que se han convertido en la actitud interna inconsciente de la personalidad. Es una estructura interna de la personalidad, que -vista desde la capa profunda- controla ya en lo inconsciente las excitaciones "emocionales", al rechazar unas y permitir las otras.

En el Yo-centro consciente hay un saber de índole especial, "una presencia de decisiones fundamentales evidentes, del horizonte de posibilidades, instintos desarrollados de seleccionar y evitar, una disposición tensa a todo aquello que se halla en la línea de nuestros intereses importantes, un distanciamiento de lo no querido y de lo que se deja sin decidir. Lo que deba ser admitido y elaborado en la conciencia tiene que estar seleccionado desde allí" (GEHLEN, p. 405).

Este "orden de actitudes y reglas de conducta", incorporado por las decisiones y las acciones realizadas anteriormente y que ha pasado a lo inconsciente, es lo que se denomina carácter adquirido, es decir, aquella capa de la personalidad en la que "las disposiciones y capacidades innatas y específicas del hombre, de tipo lingüístico, intelectual, artístico y religioso" llegan "a su muy variable desarrollo" (ROTHACKER, p. 87). Carácter,

en este sentido, es tanto el resultado de las acciones anteriores como base determinante de acciones futuras.

Al irse insertando el hombre en la vida social, mediante la educación y la propia experiencia, mediante la recepción pasiva y la conducta activa, construye en sí mismo esta actitud estructural inconsciente. Las decisiones fundamentales de la conducta social que han encontrado allí acogida, al dirección de los intereses más importantes y de las aversiones, el fomento o la represión de las pasiones, la disposición tensa a la realización de tareas y a evitar peligros, dirigen aquí ya en lo inconsciente, en gran medida, la conducta de la persona.

La culpabilidad puede tener ya, por ello, su raíz en la falta, o en la estructura defectuosa, de esta capa de la personalidad, como base determinante de la acción antijurídica. Este es, por ejemplo, el caso en el delincuente habitual, que no ha asimilado suficientemente las normas de conducta social, o las ha perdido de nuevo por su conducta de vida defectuosa, o en el delincuente pasional, que ha dejado crecer en sí la pasión, o *no* ha desarrollado inhibiciones contrarias, o en el negligente y temerario, que no ha desenvuelto suficientemente la atención inconsciente a los peligros.

En todos estos casos la culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en un elemento permanente: la estructura defectuosa de la capa de la personalidad; es decir, en un defecto reprochable del carácter (la llamada "culpabilidad del autor").

De este tipo es la culpabilidad de la *culpa inconsciente*. Sobre ella se ha discutido durante mucho tiempo. Los intentos más importantes de explicar el contenido de culpabilidad de la culpa inconsciente fueron llevados a cabo por las dos teorías siguientes:

J. La teoría de la voluntad, la más antigua (ENGELMANN, KÖHLER, MEZGER. Lb. ps. 354 y ss.) reconduce la culpa inconsciente a un acto concreto de infracción

consciente del deber, la mayor parte de las veces en un momento *anterior* a la acción que causa la lesión del bien jurídico. Si una mujer se olvida de guardar un recipiente con líquido corrosivo después de haberlo utilizado y como consecuencia de ello su hijo se causa unas heridas, la teoría de la voluntad le reprocha "que *antes*, cuando tenía todavía presente el deber de asistencia, hubiera hecho un esfuerzo de atención suficiente para no olvidar la protección debida" (MEZGER, Lb. p. 356). La culpabilidad de la mujer *puede* consistir, en efecto, en esto. ¿Qué sucede, sin embargo, si la mujer era tan imprudente, que incluso al colocar el recipiente no pensó en las posibles consecuencias ulteriores?

2. La teoría del sentimiento (EXNER, *Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930) considera que la razón de que el autor no piense en las posibles consecuencias de su acto consiste en una falta de sentimiento o interés por un bien jurídico (EXNER), o por evitar una infracción del derecho (ENGISCH). Esta teoría explica, sin duda, el olvido, pero no cómo pueda serle reprochada al autor como culpable una falta de sentimiento o de interés.

La teoría del sentimiento advierte, sin duda, que en aquellos casos de imprudencia y negligencia en los que no se puede demostrar la existencia de un acto de infracción *consciente* del deber, ni durante ni antes de la realización de la acción que causa la lesión del bien jurídico, hay algo más que un mero defecto actual de la voluntad y que obedecen a un defecto de carácter. Pero este defecto no es una mera falta de sentimiento; pues una falta de sentimiento, como tal, no es todavía culpabilidad.

Toda la vida social, pero sobre todo las actividades profesionales, contienen fuentes de peligros para los bienes jurídicos. El hombre se inserta en la vida

social al aprender a contar con los peligros y a hacerles frente. El que aprende, por ejemplo, a conducir un automóvil tiene que familiarizarse con los mecanismos del volante, los cambios de marcha y los frenos, tiene que practicar los movimientos de manos y pies que necesita para conducir, tiene que grabar en su mente las reglas y los signos del tráfico y tiene que aprender sobre todo a acomodar su forma de conducir al ritmo, siempre cambiante, del tráfico. Cada uno de los movimientos de manos necesarios, así como la correspondiente atención a los peligros y el modo de afrontarlos, ha tenido que realizarlos una vez por medio de actos voluntarios dirigidos con arreglo a un plan, habiéndose convertido después, por su frecuente repetición, en una disposición inconsciente (automatizada) para la acción, en una "tendencia determinante" que, dado un cierto estímulo (por ejemplo una situación de peligro), reacciona "automáticamente". Esta reserva de disposiciones para la acción, aprendidas y practicadas, libra al hombre de la necesidad de prestar continuamente atención a cada uno de los innumerables movimientos de manos que necesita hacer al conducir y le permite dedicar su atención a las incidencias del tráfico. Sin esta reserva de disposiciones automatizadas para la acción, no sería imaginable el veloz tráfico moderno.

Lo que hemos visto aquí, en el ejemplo del conductor, es aplicable en todos los sectores de la vida humana. Todas las disposiciones para la acción que hay en nosotros hemos tenido que adquirirlas y ejercitarlas antes, de un modo laborioso, repitiendo aisladamente los diversos actos. Esta reserva de disposiciones para la acción automatizadas, que funciona en lo semiinconsciente y en lo inconsciente, nos permite realizar fines cada vez más lejanos y amplios.

La dirección final de la acción puede formar así centros de gravedad porque, y en la medida en que,

puede apoyarse en su ejecución en las disposiciones para la acción, adquiridas conscientemente, pero que funcionan ahora en lo semiinconsciente y en lo inconsciente. Por otra parte tiene que tener en cuenta los límites funcionales de las disposiciones para la acción utilizadas en su ejecución, o - dicho de otro modo- tiene que crear un equilibrio entre la dirección consciente de la acción y sus elementos automatizados. Por ello, el que conduce un coche, por ejemplo, tiene que acomodar su velocidad a la medida en que domine los diversos movimientos y su capacidad de reacción. Aunque la corrección de nuestras acciones no se basa, en gran parte, en una dirección consciente en el caso concreto, sino en disposiciones para la acción adquiridas con anterioridad y automatizadas, la incorrección puede serle reprochada al autor como culpable, en la medida en que al emprender su acción final no haya tenido en cuenta los peligros de la situación y los límites funcionales de sus disposiciones para la acción, habiendo podido conocerlos. Ver WELZEL, Z 60, ps. 468 y siguientes.

CAPÍTULO VIII

LOS ELEMENTOS DE LA REPROCHABILIDAD

Tanto si la culpabilidad consiste en un fracaso único de la dirección, conforme a sentido, de la voluntad, como si tiene su raíz en un enfoque defectuoso del carácter adquirido, sólo es objeto de consideración en el derecho penal como reprochabilidad personal de una acción antijurídica singular o -en unos pocos casos excepcionales, como en el rufián- de una parte determinada de conducta de vida antijurídica.

Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual (o de la parte de conducta de vida antijurídica). Lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida).

Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a sentido, del autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad de culpabilidad existe (o no) de un modo general en la situación concreta con independencia de que el autor actúe o no. de que se comporte jurídica o antijurídicamente.

La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real. Es, como vimos, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico: la voluntad no es

conforme a la norma, como debía y hubiera podido ser. Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de la voluntad antijurídica.

Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haber podido conocerlo y tiene que haberse *podido* decidir por una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios.

A) LOS ELEMENTOS INTELECTUALES DE LA REPROCHABILIDAD

Un hecho es sólo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. El conocimiento de ésta se basa en el de aquéllas; la antijuridicidad del hecho puede ser sólo conocida si el autor ha conocido, o ha podido conocer, sus circunstancias que pertenecen al tipo.

§ I. EL CONOCIMIENTO O LA COGNOSCIBILIDAD DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO COMO ELEMENTO DE LA REPROCHABILIDAD

La diferencia fundamental entre la realización *dolosa* y la *no dolosa* del tipo, que se acusa ya en la

tipicidad y en lo injusto de las dos clases de delitos, se mantiene en el plano superior del concepto del delito, es decir, en la culpabilidad. Los elementos de la reprochabilidad son también fundamentalmente diversos según que se trate de una realización dolosa o no dolosa, contraria al cuidado debido, del tipo.

1. En los delitos *dolosos* el dolo es un elemento del tipo subjetivo y queda, por ello, constatado una vez que se conoce la tipicidad de la acción.

En la culpabilidad se examina la medida de la *reprochabilidad personal* del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo (intenciones, etc.) ¿hasta qué punto le puede ser reprochado personalmente al autor el dolo? Esta pregunta no afecta sólo a los elementos subjetivos de un hecho, descritos en un *tipo legal*, sino a todas las circunstancias que han influido en la adopción de esta decisión, en esta situación, por consiguiente a *todas las circunstancias externas e internas que han influido en la decisión concreta, en el momento concreto*.

Si un cajero se apropia dinero de una caja ajena, la reprochabilidad de su dolo será muy diferente si lo hace para realizar un viaje de placer con su amiga, o para poder sufragar la estancia de su mujer, enferma de tuberculosis, en un sanatorio.

Sólo cuando se advierte que no es el dolo, como tal, sino la *reprochabilidad* del dolo, la que plantea el problema decisivo de la culpabilidad, es posible delimitar correctamente y comprender cuan grande es el número de los criterios decisivos para la culpabilidad.

Mientras se considere, al contrario, como hacen los defensores de la doctrina de la acción causal, que el dolo es "el" elemento subjetivo de la culpabilidad, tiene que existir una laguna entre el concepto dogmático de la culpabilidad, como carácter del delito y el concepto de la culpabilidad en la medición de la pena: mientras que el concepto dogmático de la culpabilidad queda reducido al dolo, en la medición de la pena

surgen, de repente, elementos de la culpabilidad que no pertenecen al dolo (como las circunstancias acompañantes del hecho, en el ejemplo últimamente citado).

Sobre esta laguna en la doctrina de la acción causal, ver NAGLER, LK (1944), I, p. 53: "Si se formula tradicionalmente el principio: 'pena sólo según la medida de la culpabilidad', la palabra 'culpa' es utilizada aquí, según lo acabamos de ver, en un sentido amplio; no comprende, pues, sólo los elementos de la culpabilidad que corresponden al tipo objetivo" (en contra de esto ya NOWAKOWSKI, *Schweiz. Z* 65, 322). Dado que el finalismo se toma en serio el que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad y examina no sólo la reprochabilidad del dolo, sino también de todas las circunstancias externas e internas influyentes en *la decisión de realizar el hecho*, la afirmación de que el finalismo "empobrece" el concepto de la culpabilidad (MEZGER, LK I, p. 500) resulta completamente fuera de lugar.

2. En los delitos *culposos* hay que distinguir si el autor había previsto la posibilidad de la lesión o el peligro, típicos, del bien jurídico [*culpa consciente*), o había podido preverla [*culpa inconsciente*).

a) En la culpa *consciente* el reproche de la culpabilidad se basa en que el autor ha *confiado* en que no se produciría el resultado, que consideraba posible, no *debiendo* haber confiado en ello, dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas.

Sobre la diferencia existente entre la culpa consciente y el dolo eventual (es decir, entre el actuar con la confianza de que no se produzca el resultado y el actuar contando con la posibilidad de su producción), ver mi Manual, Cap. 13, I, I, 2 b.

ti) En la culpa *inconsciente* el reproche de la culpabilidad se basa en que el autor, al emprender su acción, no ha previsto la posibilidad de la producción del resultado típico habiendo podido preverla. Sobre la culpabilidad de la culpa inconsciente, ver cap. VII.

Mientras que la *preuisibilidad* objetiva del resultado. por un hombre inteligente (el juicio de adecuación en el momento de la acción), es un elemento de lo *injusto* (del desvalor de la acción) de la conducta que no responde al cuidado debido, la previsibilidad *individual* (la repetición por el autor del juicio objetivo de adecuación) es un elemento fundamentador de la reprochabilidad de aquella falta de observancia del cuidado exigido.

El derecho *ordena*, con carácter general, observar en las acciones de la vida social el cuidado objetivo -posible a un hombre inteligente y cuidadoso- y declara antijurídica la falta de observancia de este cuidado (especialmente importante en el derecho civil y también, por ejemplo, para los arts. 42b²³ y 33a²⁴ y para el concepto de agresión ilegítima en el art. 53²⁵); pero puede reprochar sólo, como culpable, esta falta de observancia del cuidado debido, si el *autor*, de acuerdo con su inteligencia, podía prever el resultado (RG 67, 20; 74, 198). Es decisivo, por tanto, el grado de

²¹ El art. 42 *b* del Código Penal alemán dice: "Si alguien realiza una acción sancionada con pena, en estado de inim-putabilidad (párrafo 1º. art. 51, párrafo 1º, art. 55) o de imputabiüdad disminuida (párrafo 2º, art. 51, párrafo 2º, art. 55), el tribunal ordenará su internamiento en un centro sanitario o asistencial. si lo requiere la seguridad pública. Esto no se aplica en las faltas. En los casos de imputabiüdad disminuida se aplica el internamiento junto a la pena".

²⁴ El art. 330 *a* del Código Penal alemán dice: "El que mediante el consumo de bebidas alcohólicas u otras drogas se coloque dolosa o culposamente en un estado de embriaguez que excluya la imputabilidad (párrafo 1º, art. 51), será castigado (. . .) si realiza en ese estado una acción sancionada con pena. La pena, sin embargo, no puede ser más grave en su clase y medida que la prevista para la realización dolosa de la acción. La persecución tendrá lugar sólo en virtud de querrela si la acción realizada se persigue únicamente mediante querrela".

²¹ liste artículo regula la legítima defensa.

fo rmación intelectual del autor (RG 73, 262), o el que debía tener, dada su posición social.

§ II. LA COGNOSCIBILIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD

Ver DOIINA, *Aijfbau*, ps. 44 y ss.; WKIZ, *Die Arlen des Irrtums, Strafr. Ahhandl.* 286; WKLZICL, SJZ 1948, p. 368; MDR 1951, p. 65; MAURACH, A. T., ps. 361 y ss.; W. HOLTFORT, *Irrtümer über die Rechtswidrigkeü*, tesis no impresa. Göttingen, 1952.

Un hecho no es ya reprochable porque el autor conociera o pudiera conocer sus circunstancias que pertenecen al tipo, sino sólo si conocía, o podía conocer, también, su *antijuridicidad*. Al conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo tiene que añadirse el conocimiento o la cognoscibilidad de la antijuridicidad.

Ejemplos: Un extranjero en cuya patria la homosexualidad simple es impune (como, por ejemplo, en Suiza) realiza en Alemania actos homosexuales. Médicos y enfermeros toman parte en la acción de dar muerte a los enfermos mentales, por considerar que el decreto de la "eutanasia", de Hitler, era derecho válido (OGH 2, 129; BGH, NJW 53, 513). Un joven campesino, algo primitivo, yace con una mujer que se presta vohintariamente a ello y que ha sido esterilizada a causa de enfermedad mental; el joven realiza su acción con conocimiento del estado de la mujer, pero sin conocer la norma prohibitiva del número 2º del art. 176 (LM. n" 3, en nº 2 del art. 176). Un hombre encierra a un chico ajeno, mal educado, en su carbonera, porque cree tener un derecho de corrección de los niños ajenos. Los padres permiten a su hija el comercio carnal con su prometido (formalmente) convencidos de la licitud de la autorización (art. 181, BGH 6, 46). El tutor (del art. 1707 del Código Civil) tiene comercio carnal

con su pupila (nº 1º del art. 174), creyendo que los deberes del tutor se limitan al cuidado del patrimonio (RG 58, 10, 61). Un pescador, en cuya proximidad ha sufrido un hombre un accidente, se niega a llevar a la víctima en su coche al hospital (art. 300 c), creyendo que no está obligado a ello (BGH 2, 297).

La verdad sencilla de que sólo cabe hacer al autor el reproche de la culpabilidad -de que hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con el derecho, en lugar de hacerlo antijurídicamente-si se hallaba en condiciones de poder conocer la antijuridicidad de su conducta, ha necesitado mucho tiempo y de grandes esfuerzos para imponerse y aún hoy no deja de ser discutida.

La autoridad del principio romano *error iuris nocet* y el temor infundado de facilitar al reo una excusa fácil y una absolución injustificada han impedido, hasta el presente, el reconocimiento de esta consecuencia, lógicamente necesaria, del principio de la culpabilidad. Por estas razones el Reichsgericht mantuvo tenazmente, hasta el final de su existencia, el principio de que el desconocimiento de la antijuridicidad no exime de la pena (RG 2, 269).

Al castigar incluso el Reichsgericht cuando el desconocimiento de la antijuridicidad no era culpable impuso penas sin culpabilidad e infringió, con ello, un principio esencial de la culpabilidad: nunca se le puede reprochar al autor la resolución de voluntad antijurídica si no podía tener conciencia de la antijuridicidad.

La doctrina se ha esforzado, por ello, desde hace mucho tiempo, por imponer también el principio de la culpabilidad en el error de prohibición y la misma práctica se ha distanciado, cada vez más desde 1945, de los principios del Reichsgericht. Tenía que ser difícil, sin embargo, para la doctrina dominante, encontrar la solución adecuada, puesto que concibe el dolo como una parte de la culpabilidad y no lo sitúa, como la

doctrina de la acción finalista, en la acción y en lo injusto, como *objeto* de la reprochabilidad. Por eso era fácil que considerara a la conciencia de la antijuridicidad como una parte del dolo. Así surgió la "teoría del dolo".

1. *La teoría del dolo. Los principios valorativos de la ética social de las teorías del dolo y de la culpabilidad*

Ver MEZGEU, I, 182; LK art. 59; SCHONKIC, art. 59, V, VI; OLSHAUSEN, nota previa del art. 51, 6e; NAGLER, LK (1944), nota previa al art. 51, IV, A, 1; art. 59, II; SCHRÖDER, MDR 50. 646; Z 65, 178; LANG-HINRICHSSEN, JR 52, 184; JZ 53, 362; sobre la crítica, WELZEL, SJZ 48, 368; MDR 51, 65; NJW 51, 577; MDR 52, 584; *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, 1953; WELZEL. Z 67. 196 y ss.; MAURACH, A. T. 365 y siguientes.

Para la teoría del dolo, éste es un elemento de la culpabilidad, que comprende -aquí se aparta de la doctrina del Reichsgericht- no sólo la conciencia de los caracteres del tipo, sino también la de la antijuridicidad. La conciencia de la antijuridicidad pertenece, por consiguiente, al dolo; si el autor no la tiene, su dolo queda excluido, aunque actúe con pleno conocimiento del tipo. El error sobre la antijuridicidad excluye el dolo, lo mismo que el error sobre el tipo de acuerdo con el art. 59^{2c)}.

^{2.i} La teoría del dolo es la dominante en la doctrina española: ver. por ejemplo. ANCÓN ONEGA, *Derecho penal*. "Parte general". 1949; ps. 206-207; DEL ROSAL, *Derecho penal*. "Parte general". 1960. ps. 405-406 y 413; FEKREK SAMA. *Comentarios al Código Penal*. I. 1946. ps. 23 y ss. y CUELLO CALÓN, *Derecho penal* "Parte general", 12^a ed., 1956. ps. 409. 413 y siguientes. CÓRDOBA cree que la regulación de nuestro Código responde a una concepción intermedia entre la teoría del dolo

La teoría del dolo no puede poner en práctica seriamente su tesis. El dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento del hecho. El autor tiene, sin embargo, raras veces, una conciencia de esta índole sobre la antijuridicidad y le falta completamente en los delitos pasionales graves y en los delitos instantáneos.

El autor "sabe", sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce también las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piense actualmente en ellas. Para la forma de conciencia del dolo no basta, sin embargo, un "saber" de este tipo, inactual, sólo actualizable, sino que es necesaria una conciencia *real, presente, actual*.

Si se quisiera exigir, sin embargo, una representación *actual* de la antijuridicidad del hecho, en el momento de su realización, apenas habría delitos dolosos en este sentido. La teoría del dolo tendría que conformarse, más bien, con un "conocimiento" de lo injusto en el sentido de un "saber" inactual, actualizable en todo momento, pero tendría que tener en cuenta entonces que esta forma de "saber" no basta para el dolo del tipo. El dolo y el conocimiento de lo injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de conciencia: aquél exige necesariamente la represen-

y la de la culpabilidad; ver *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, ps. 130 y siguientes. El dolo es, a mi juicio, en nuestro derecho un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos y por tanto objeto del juicio de reproche de la culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. Creo, por otro lado, que carece de base legal el intento de CÓRDOBA de distinguir el dolo y la malicia: distinción que constituye el fundamento de su concepción intermedia entre las teorías del dolo y de la culpabilidad (ver nota 16).

tación, o la percepción, *actual* en el momento del hecho; el segundo se conforma con un "saber" inactual. Las lagunas evidentes de la teoría del dolo han inducido a sus defensores a ampliarla. Se ha intentado esto de dos modos:

a) Mediante la creación de un tipo auxiliar de la "culpa jurídica"; así, SCHRÖDER, Z 65, 199, de acuerdo con el Proyecto de 1936 (GÜRTNER, I, ps. 63 y ss., 69 y ss.): en todos los casos de desconocimiento culposo de la prohibición, en que no se castigue ya con pena la conducta culposa, el autor debe ser castigado por "culpa jurídica" con la pena de prisión de hasta dos años. Este crimen *culpa* desligado de los diversos tipos. sanciona penalmente, de un modo uniforme la falta de información jurídica del autor. A esta figura delictiva le falta la relación con un hecho concreto y no tiene en cuenta las formas más graves del error de prohibición. Desconoce la culpabilidad de la ética de responsabilidad, que no se agota en la falta de información jurídica, sino que se gradúa según la capacidad concreta del autor de comprensión de lo injusto del hecho (sobre esto, WELZEL, Z 67, 207).

b) *Negando la relevancia de la "ceguera jurídica"* (o "enemistad al derecho"). Esta es la segunda propuesta del Proyecto de 1936 (GÜRTNER, I, 64 y ss., 71) fundamentada y defendida acaloradamente por MEZGER [*Probleme*, 183 y ss.): el error del autor es irrelevante si obedece a una actitud incompatible con la concepción popular sana (o la concepción sana) del derecho y de lo injusto. Ver *Probleme*, 184; I, 184; LK, art. 59, íl, 17 b. '

Esta propuesta trasplanta el sano sentimiento popular a la doctrina de la culpabilidad, e introduce en ella este concepto indeterminado, que sirve para la fundamenlación de la pena; en contra de él, por su imprecisión y por su incompatibilidad con el Estado de derecho, ya HAFTER, *Schweiz*, Z 62 (1947), 491.

La fórmula propuesta infringe, ante todo, el principio de culpabilidad; pues priva al autor de una posible disculpa, al establecer la ficción irrefragable de que su error es culpable. Esto puede dar lugar a resultados injustos, no sólo con los extranjeros, sino en general, en ciertos delitos. Dado que, por ejemplo, según el BGH 6, 46 y ss., la unión sexual entre los prometidos formalmente, es también un acto deshonesto según "la concepción sana" y su tolerancia es lenocinio, el autor no podría invocar aquí nunca el error de prohibición, puesto que su error es incompatible con una concepción sana del derecho y de lo injusto. Esta fórmula permite a una concepción autoritaria del derecho declarar obligatoria, en los problemas jurídicos, una determinada concepción del mundo y de la vida y reprochar, de modo irrefragable, como culpable, toda desviación de ella, e incluso un error sobre ella (sobre esto, WELZEL, Z 67, 202 y ss.). A ello se añaden dificultades dogmáticas insuperables. La conducta "enemiga del derecho" no debe ser una conducta dolosa (LK, art. 59, II, 17b); el autor debe ser castigado, sin embargo, en la sentencia, como reo de un delito *doloso*. Esto es una ficción y una infracción del principio constitucional *nulla poena sine lege*. Pues cuando la ley sanciona sólo con pena la conducta dolosa, el juez no puede, sin autorización legal, castigar una conducta no-dolosa "como" si lo fuera; así, con razón, BGH 2, 206 y siguientes.

Las mismas objeciones cabe hacer a la teoría de NOWAKOWSKI de la irrelevancia del "sentimiento valorativo incorrecto" (Z 66, 379 y ss.). El concepto del "sentimiento valorativo correcto" no es menos impreciso que el del "sano sentimiento popular". Ignora igualmente el elemento subjetivo del "poder" y hace que decida sólo el "deber ser general" (p. 388). El intento de NOWAKOWSKI de diferenciar un error de conocimiento (que exime) y un error de *valoración* (irrelevante), fracasa ya ante la im-

posibilidad de distinguir en los objetos del mundo social una parte de conocimiento y una parte de valoración.

La teoría del dolo no advierte que el dolo no es una *parte integrante*, sino el *objeto* del reproche de la culpabilidad y que, por ello, pertenece ya a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que la conciencia de la antijuridicidad es sólo un elemento de la repro-chabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es algo que se le reproche al avalor, sino la razón por la cual se le reprocha el dolo. Al autor se le reprocha su resolución de voluntad antijurídica porque podía conocer su antijuridicidad y, por consiguiente, omitirla. De ahí se deduce que el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo sino sólo de la repro-chabilidad. Al autor se le ha de reprochar el dolo en la medida en que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido.

La teoría del dolo desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de la corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por ello, se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla. "El hombre (. . .) como miembro de la comunidad jurídica, está obligado en todo momento a adoptar la decisión responsable de comportarse jurídicamente y evitar lo injusto. No cumple este deber si se limita a omitir aquello que a sus ojos es evidentemente antijurídico. Tiene que preguntarse, más bien, siempre que se disponga a hacer algo, si ello está o no de acuerdo con los preceptos del deber ser jurídico", BGH 2, p. 192 (201).

La *teoría del dolo* restringe este concepto de la culpabilidad: *la mera creencia subjetiva del autor en la juridicidad de su conducta debe liberarle de toda culpabilidad* (mientras no esté sancionada con pena la comisión culposa del hecho).

La teoría de la culpabilidad se basa en el *principio de la responsabilidad*, según el cual el hombre es responsable de la juridicidad de su decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social; la teoría del dolo se basa, en cambio, en el *principio del conocimiento*, según el cual sólo le puede ser reprochado al hombre el contenido antijurídico de su decisión, si *conoce* su antijuridicidad. Sólo en los pocos casos en que el derecho penal sanciona también la comisión culposa del hecho, la teoría del dolo quiere que el que actúa con desconocimiento culpable de la antijuridicidad responda como su autor de un delito culposo.

Esta transformación de una realización dolosa del tipo, cometida con un desconocimiento reprochable de la juridicidad, en una comisión culposa, es objetivamente errónea y conduce a lagunas inadmisibles en la punibilidad. Esto se advierte en todos los errores de subsunción que no son al mismo tiempo errores de prohibición (ver próximo punto 2, c) y en la creencia errónea y culpable de la concurrencia de una causa de justificación, especialmente del estado de necesidad supralegal.

El aborto provocado en virtud de la creencia infundada de la concurrencia de un estado de necesidad tendría que quedar impune, puesto que el aborto culposo no es punible (ver WELZEL, JZ 55, p. 142). Lo mismo sucedería en la prevaricación del abogado (art. 356) si el autor alega haber interpretado mal el concepto de "la contraposición de intereses" o de la "identidad del objeto del litigio" [BGH 7, p. 17 (23); WELZEL, JZ 54, p. 279; 55, p. 455].

La misma situación se produciría en casi todos los demás delitos del Código Penal, al ser sólo punible su comisión dolosa, por ejemplo, en los de alta traición y traición (JZ 55, p. 144), la coacción de funcionarios, el allanamiento de morada, la destrucción, sustrae-

ción o deterioro de objetos que se encuentren bajo la custodia de la autoridad, la sustracción o destrucción de objetos en custodia de embargo o prenda bajo la autoridad competente, la ruptura de sellos, la coacción o las detenciones ilegales, la violación del secreto profesional y otros muchos más.

Para evitar estas consecuencias inadmisibles, algunos autores, que defienden (en parte) la teoría del dolo, han propuesto que se castigue la comisión culposa de aquellos delitos en que la aplicación de su teoría conduce necesariamente a la formación de lagunas inadmisibles (por consiguiente, la comisión culposa del aborto, coacciones, detenciones ilegales, allanamiento de morada, revelación de secretos, prevaricación del abogado, etc.; ver el informe de JESCHECK en GA 1955, p. 100; Arthur KAUFMANN, JZ 56, p. 393).

Esta propuesta daría lugar, al contrario, a una *ampliación* desmesurada de la punibilidad, puesto que con ello se castigaría también el desconocimiento culposo de circunstancias del tipo (por ejemplo, que la mujer, a quien se hiere culposamente, está embarazada; ver WELZEU JZ 55, p.456)²⁷.

Esta propuesta desconoce las diferencias profundas, de principio, existentes entre el error de prohibición culpable y la comisión culposa del hecho. En esta última, el *contenido* de la resolución de voluntad (de la voluntad de realización) es irrelevante para la puni-

²⁷ A primera vista pudiera parecer que los inconvenientes de política criminal que lleva aparejada en Alemania la adopción de la teoría del dolo no existen en el Código Penal español; pues el art. 565 castiga la realización culposa de todos los tipos en que ésta sea posible (en este sentido, CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, p. 134). Esta diferencia es sólo aparente, sin embargo, pues como dije ya anteriormente (ver nota 16) no es posible incluir en el art. 565 los supuestos de la llamada culpa o imprudencia de derecho sin violentar el tenor literal del precepto.

bilidad²⁸; la voluntad va dirigida, además, en la mayor parte de los casos, a resultados que no están desaprobados por el derecho penal y que incluso muchas veces son plausibles; sólo su *realización* es defectuosa, porque no responde al cuidado necesario en el tráfico: el autor debería haber tenido en cuenta otras consecuencias desaprobadas, que no están comprendidas en su voluntad de realización y debería haber dirigido consecuentemente su conducta.

El reproche del error de prohibición culpable se refiere, en cambio, al *contenido* de su resolución de voluntad, que va dirigida a algo jurídicamente *prohibido* (antijurídico) y es el reproche de una *decisión* culpablemente antijurídica. Si el ordenamiento jurídico declara que una determinada acción dolosa (aborto, coacción, privación de libertad, prevaricación del abogado, etc.) es socialmente insoportable (antijurídica), parte de la consideración de que el ciudadano puede realizar también, en principio, (mediante el examen de conciencia, reflexión, o averiguación) esta valoración ético-social y de que cuando lleve a cabo, a pesar de ello, la acción, por creer que se trata de un caso excepcional, justificado, se cerciore antes de que realmente es así.

"El médico que pone fin a un embarazo por imperiosas razones médicas debe tener presente que mata

²⁸ Esta afirmación de WELZKL no me parece del todo exacta. pues de su concepción de lo injusto de los delitos culposos se deriva lógicamente la consecuencia de que la voluntad de realización del autor es irrelevante por lo que respecta al fin, pero no en relación con los medios y la forma de su utilización (ver a este respecto mi artículo, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*, separata del "Anuario de Derecho Penal", 1959, ps. 7 y siguientes y, especialmente, p. 10). La diferencia esencial entre la conducta dolosa y la culposa consiste, más bien, a mi entender, en que en aquélla la lesión o el peligro del bien jurídico es voluntaria y en ésta, involuntaria.

a un feto, el soldado debe saber que mata y los dos deben ser siempre conscientes de que se trata de hechos dolorosos, que requieren una justificación especial" (MAYER, p. 107). El ordenamiento jurídico sólo disculpa, por ello, un hecho doloso, realizado en la creencia errónea de su juridicidad, si el error no es reprochable.

En la comisión culposa, en cambio, la resolución de voluntad del autor no va dirigida a la producción de un resultado típico, desaprobado (lesión del bien jurídico), sino (regularmente) de un resultado jurídicamente irrelevante y a menudo, incluso, socialmente valioso; por ello, el ordenamiento jurídico puede obligar sólo al autor a prestar atención a los peligros posibles en la *realización* de su decisión.

Ahora bien, como la vida encierra una cantidad innumerable de peligros, el ordenamiento jurídico tiene que tolerar una gran parte de ellos y puede obligar sólo a observar un cuidado especial cuando se trate de peligros de determinados bienes jurídicos importantes (por ejemplo, la integridad corporal y la vida). Con ello se atiende también al principio de la responsabilidad: el hombre puede asumir sólo la responsabilidad del curso de los acontecimientos si el ordenamiento jurídico (y especialmente el derecho penal) no extiende excesivamente su deber de responder de los peligros posibles (ver BINDING, *Normen IV*, p. 200). Por esta razón el derecho castiga sólo la comisión culposa en unos pocos delitos²¹¹.

²⁹ La regulación de los delitos culposos en nuestro Código (arts. 565, núm. 3º del 586 y 600) es defectuosa, pues extiende excesivamente el ámbito de la responsabilidad penal. El castigo de la realización culposa de todos los tipos penales en que ésta sea posible es sin duda injusto y político-criminalmente inoportuno. Injusto porque da lugar a que se castiguen con pena conductas que implican una infracción de escasa gravedad del orden ético-social; político-criminalmente inopor-

El principio de la responsabilidad hace, por una parte, responsable al sujeto de que el contenido de sus

tuno, pues conduce a una inflación penal que afecta a la eficacia de la sanción.

Un caso claro de extensión excesiva de la punibilidad es el castigo del delito culposo de daños (arts. 565 y 600). Los daños culposos deberían dar lugar únicamente a una responsabilidad civil, a tenor de los arts. 1093 y 1902 del Código Civil. De hecho, en la práctica no se persiguen penalmente la mayor parte de los daños culposos que a diario se producen. Sólo se persiguen, normalmente, si se produce también en el accidente la muerte o lesiones corporales de alguna persona (ver. en este sentido. ANTÓN ONICCA. *Derecho penal*, "Parte general", p. 225).

La defectuosa regulación del Código ha forzado a la doctrina y a la jurisprudencia a negar la posibilidad de comisión culposa donde a todas luces existe; por ejemplo, en la acusación o denuncia falsa, el falso testimonio, las detenciones ilegales y el allanamiento de morada. La acusación o denuncia falsa es, sin duda, susceptible de comisión culposa; piénsese en el que acusa o denuncia a otra persona creyendo erróneamente que es autora de un delito o falta, siendo su error vencible; o en el que duda de si la persona denunciada ha cometido realmente el delito o la falta, pero confía temerariamente en que así sea. La acusación o denuncia falsa culposa es punible en el Código Penal alemán (párrafo 5º del art. 164), cuando la culpa es grave (Leichtfertigkeit). El Tribunal Supremo español, para evitar la punición de la acusación o denuncia falsa culposas ha exigido, sin base alguna en el precepto legal, el ánimo de perjudicar a una persona; es decir, ha exigido la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto inexistente (ver, por ejemplo, las sentencias de 28 abril 1897, 5 febrero 1910, 5 octubre 1914, 15 noviembre 1919 y 3 junio 1944. Niegan también la posibilidad de comisión culposa de este delito. RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRIGUKZ DKVESA, *Derecho penal*, "Parte especial". p. 167, y ANTÓN ONKCA. *Derecho penal*, "Parte general", p. 225. QUINTANO RIPOLLICS reconoce, en cambio, la posibilidad de comisión culposa de este delito; ver *Derecho penal de la culpa*, 1958, ps. 443 y ss.). El falso testimonio es igualmente susceptible de comisión culposa (si el autor hace una declaración falsa creyendo que dice la verdad y su error era vencible, o sin duda de que su declaración corresponda a la verdad, pero confía en que así sea) y es punible en otros códigos (por ejemplo, en el

resoluciones de voluntad no esté conforme con el ordenamiento jurídico (siempre que el autor, según la medida de su capacidad de conocimiento ético-social, pudiera conocer la antijuridicidad de su conducta) y por otra parte, limita su responsabilidad por la realización, conforme al cuidado debido, de sus decisiones jurídicamente irrelevantes, a los peligros de bienes jurídicos especialmente importantes. Con ello la teoría de la culpabilidad fija claramente, de un modo positivo y negativo, los límites de la responsabilidad

Código Penal alemán, art. 163) (el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de comisión culposa en las sentencias de 30 diciembre 1871. 3 febrero 1898. 19 abril 1913, 6 mayo 1926, etcétera. Ver. en el mismo sentido. ROJIRIGULZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVKSA. ob. cit., p. 168. y CUELLO CALÓN. *Derecho penal*, "Parte especial". 1957, p. 300. Admite, en cambio, la posibilidad de comisión culposa. QUINTANO RIPOLLES. ob. cit., ps. 447 y ss.). La doctrina pretende fundamentar la imposibilidad de comisión culposa de las detenciones ilegales en el sentido de las palabras "encerrar o detuviere" (en este sentido, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO. ob. cit., p. 309). Este argumento no es convincente, pues si encerrar es, como dice FRANK, "el mantener en un espacio cerrado a una persona", es evidente que puede hacerse por negligencia o descuido. Se cierra con llave la puerta de una habitación sin saber, pero habiendo podido prever (o por haber olvidado) que se encuentra en ella una persona (CUELLO CALÓN habla de casos de detenciones no dolosas; ver ob. cit., p. 690. QUINTANO RILOLLÉS niega la posibilidad de comisión culposa, ob. cit., p. 487). El allanamiento de morada es asimismo susceptible de comisión culposa. Piénsese en el caso en que el autor sabe que entra en una morada ajena, pero cree erróneamente, con error vencible, que cuenta con el consentimiento del morador, dada la amistad que les une (que puede supervalorar) o el consentimiento que le otorgó en otra ocasión. El Tribunal Supremo ha exigido, sin base legal y seguramente para evitar la punición de las conductas culposas, la concurrencia del ánimo de faltar al respeto debido a la libertad de la morad ajena (ver las sentencias de 19 diciembre 1918. 29 diciembre 1923. 12 marzo 1926 y 26 mayo 1955. Niega también la posibilidad de comisión culposa, QUINTANO RIPOLLÉS. ob. cit., p. 490).

ético-social de la persona, mientras que el principio del conocimiento de la teoría del dolo no está en condiciones de poder hacerlo.

Ver WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, SJZ 47, ps. 400 y ss.; *Aktuelle Strafrechts-probleme*, 1953, ps. 15 y ss.; Z 67, p. 199.

2. La teoría de la culpabilidad

Ver DOHNA, *lug. eil.*; MAUACH, A. T., ps. 375 y ss.; v. WEBER, Gr. 122; HÄRTUNG y WARDA. JR 50, ps. 545 y ss.; NJW 51, 209; WELZEL, SJZ 48, 368, MDR 51, 65; NJW 51, 577; *Gutachten*, ps. 46 y ss.; Z 67, 196 y ss.; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 33 y ss.; H. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1969. OLG Stuttgart, DRZ 49, 164; *Oldenburg*, MDR 50, 690; BGH (salas reunidas) 18/3/1952; 2, 194 (= JZ 52. 335); BGH 4, 1.

En gran parte ya en el sentido de la teoría de la culpabilidad, M. E. MAYER, 262; Paul MERKEL, *Gdr. des StraJ.*, I, 1927: FRANK, art. 59, III, 2; v. HIPPEL, II, 349; KOHLRAUSCH-LANGE, art. 59, II, 2 h; OGH 2, 129; 3, 6. La teoría de la culpabilidad ha sido reconocida legalmente en el art. 6º de la Ley penal económica (sobre esto, EB. SCHMIDT, SJZ 48. 574; 50, 837), en el art. 12 de la Ley de contravenciones y ha sido propuesta para el futuro Código (art. 21, Proyecto 1960). Ver también el art. 31 del Código Penal griego; sobre ello PHILIPIDES, *Poinika Chronika*, 1954, ps. 325 y ya CHORAEAS, *Sobre el concepto del dolo* (Atenas, 1922) I, ps. 205 y siguientes.

Sobre la teoría de la culpabilidad en el derecho civil y en el derecho del trabajo, ver: BAG (15/9/1954), 1, 6 y ss. (79); ENN.-NIPPERDEY, ps. 1317 y ss.; NIPPERDEY, *Der Begriff des Verschuldens bei schadenersatzpflichtigen Handlungen*, *Festschr. f. Alex Meyer*, 1954, ps. 95 y ss.; y NIESE, JZ 56, 457.

Objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; ésta le es re-

prochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de su acción y en que dicha conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido. Cuando más fácil le es al autor la autodeterminación conforme a sentido, es cuando conoce positivamente la antijuridicidad, con indiferencia de que sea consciente de ella en el momento del hecho o pueda actualizar en seguida su conocimiento. El reproche de la culpabilidad reviste, por ello, en este caso, la máxima gravedad.

El autor encuentra mayores dificultades cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer la antijuridicidad de su conducta, mediante un examen más detenido de conciencia, reflexión o consulla, etc., le debe ser también reprochada, aunque en menor medida que en el caso anterior.

El error de prohibición vencible atenúa la reprochabilidad y por consiguiente, la pena, en la medida en que sea disculpable; para ello se ha de deducir una cláusula general de atenuación del párrafo 2° del art. 51 en relación con el art. 44.

Dado que la disminución de la posibilidad *general* de actuar jurídicamente atenúa la reprochabilidad y la pena, a tenor del párrafo 2° del art. 51, tiene que regir también el mismo principio, si, como consecuencia del desconocimiento vencible de la prohibición, había disminuido la posibilidad *concreta* de actuar conforme al derecho (BGH 2, 194=JZ 52, 335; BGH 3, 123). Si el desconocimiento de la prohibición era disculpable, quedan excluidas completamente la reprochabilidad y la pena⁵⁰.

⁵⁰ Nuestro Código Penal no contiene ninguna disposición sobre el error de prohibición. El Tribunal Supremo ha mantenido, en general, la doctrina del error *inris uocet*, es decir, de que la ignorancia del derecho no excusa (ver. por ejemplo, las

No es cierto que la teoría de la culpabilidad, como "concepción unitaria de la culpabilidad", no distinga

sentencias de 19 octubre 1872, 13 mayo 1896 y 14 abril 1900). lia invocado para ello el art. 2° del Código Civil: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". Ha admitido, sin embargo, el efecto excluyente del dolo del error de derecho no penal (ver, por ejemplo, las sentencias de 16 marzo 1892. 7 febrero 1899. 29 junio 1936. 7 marzo 1944. 6 diciembre 1944. 6 junio 1945. 28 febrero 1946. 5 marzo 1946 y 24 febrero 1962).

ANTÓN ONEGA señala, con razón, cómo el art. 2° del Código Civil no es obstáculo para estimar la relevancia del error de derecho penal (de opinión contraria. CUELLO CALÓN. *Derecho penal*. "Parte general". 12¹ ed., 1956. ps. 429 y ss.). El precepto mencionado del Código Civil establece la obligatoriedad de las leyes de un modo general y es compatible con los efectos jurídicos del error, como se admite en el mismo derecho civil (ver ANIÓN ONICCA. *Derecho penal*, "Parte general". 1949, p. 216). En el derecho penal la excepción está fundamentada en que la culpabilidad es una nota del concepto del delito.

No es posible deslindar, por otra parte, los casos en que el error versa sobre normas penales y extrapenales (piénsese. por ejemplo, en las leyes penales en blanco), ni es posible encontrar una explicación a la diferencia de tratamiento de una y otra clase de error.

No existe obstáculo, en realidad, a la estimación del error de prohibición en nuestro derecho penal. Para el error vencible es posible deducir analógicamente una regla de atenuación de la pena de lo dispuesto en el n° 1° del art. 9°, en relación con el n° 1° del art. 8° y el art. 66 (del mismo modo como se hace en el derecho penal alemán sobre la base del párrafo 2° del art. 51 -que regula la imputabilidad disminuida- y el art. 44). Si la disminución de la capacidad *general* de actuar conforme a las normas jurídicas disminuye la reprochabilidad y la pena, a tenor del n° 1° del art. 9° y del art. 66. el mismo criterio deberá aplicarse cuando a causa del error de prohibición vencible quedara disminuida la posibilidad *concreta* de actuar conforme a las normas jurídicas. Si el error de prohibición era invencible queda excluida la culpabilidad y la pena.

A la apreciación de una *eximente* por analogía no cabe objetar que el art. 8° sea un catálogo cerrado de las causas de

sus grados materiales, como los que resultan de la contraposición de los párrafos 1º y 2º del art. 59 (ver MEZGER, LK, art, 59, II, 17). La teoría de la culpabilidad define a ésta de un modo unitario, como *repro-chabüidad* (no como "evitabilidad"), de acuerdo con la opinión dominante (ver MEZGER, 249); dentro de la culpabilidad diferencia igualmente la reprochabilidad, se-

exclusión de la responsabilidad, pues esto no es cierto, a mi entender; ver CEREZO, *El "versari in re ülicüa" en el Código Penal español*, separata del "Anuario de Derecho Penal". 1962. ps. 59-60; en el mismo sentido CÓRDOBA, notas a la traducción del *Traüado de derecho penal* de MAURACII, I. ps. 165-66. nota 10.

No constituye tampoco un obstáculo a la apreciación de *eximentes* por analogía (*analogía in bonam pariera*), el art. 2º del Código, pues éste se refiere sólo a la incriminación de conductas como delito y a la aplicación de las penas asignadas a cada una de las figuras delictivas, pero no a la apreciación de eximentes o atenuantes (la apreciación de atenuantes por analogía está prevista, incluso, expresamente en el nº 10 del art. 9º); ver en este sentido ANTÓN ONICCA. *Derecho penal*, "Parte general". 1949. ps. 102 y 103. No me parece correcta, por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de apreciación de eximentes por analogía; ver, por ejemplo, las sentencias de 24 febrero de 1917, 3 junio de 1948 y 19 junio de 1952. (De otra opinión, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*. "Parte general". 12ª ed., 1956, ps. 204-5).

La aplicación analógica del número primero del art. 8º y del número 1º del art. 9º no se ve entorpecida por la fórmula psiquiátrica utilizada por el Código, pues ésta ha de ser puesta en relación necesariamente con el concepto de imputabilidad; es decir, con la capacidad del autor de comprender la antijuridicidad de su conducta y de obrar conforme a este conocimiento. Esta relación de la fórmula psiquiátrica con el concepto de imputabilidad ha sido establecida por el Tribunal Supremo, que ha venido a transformar así dicha fórmula en una fórmula psiquiátrico-psicológica; ver, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*. "Parte general", ps. 296 y 329-30, que señala con razón, cómo el Tribunal Supremo ha ido en muchas ocasiones demasiado lejos en su tendencia restrictiva.

gún que ésta se refiera a una realización dolosa o no dolosa del tipo (ver I). *Por el hecho de que el finalismo adelante al tipo la diferencia entre el dolo y la falta de dolo y le atribuya ya relevancia para lo injusto, no la "nivela" para la culpabilidad, sino que la ahonda aún más. Pues una diferencia existente en un plano inferior del concepto del delito retorna -de un modo aún mucho más fundamental- en el plano superior.*

El finalismo distingue, además, en la reprochabilidad de los delitos dolosos, según que el autor haya conocido la antijuridicidad del hecho o haya podido conocerla (sólo en el último caso se basa la reprochabilidad en el "carácter vencible" del desconocimiento de la prohibición).

Carece igualmente de fundamento el reproche de que la teoría de la culpabilidad opere con una combinación de dolo y culpa. El contenido del dolo lo define, con precisión, al art. 59, I; no pertenece a él la conciencia de la antijuridicidad (así, también, MEZGER, LK, art. 59, I, 4). Sólo un error sobre una *circunstancia del tipo* abre paso a la culpa. La falta de conciencia de la antijuridicidad no afecta, por consiguiente, al dolo y no da lugar tampoco a la culpa.

Una combinación de dolo y culpa es algo completamente diferente: se da en la combinación de un delito doloso y un delito culposo creada por el art. 56 en su nueva redacción; por ejemplo, en el art. 226: lesiones corporales dolosas y homicidio culposo.

Insostenible, tanto desde un punto de vista dogmático como práctico, es la construcción del error de prohibición como una causa de exclusión de la pena, propuesta por SCHWARZ, NJW 55, 526; en contra, de un modo convincente, VIANDEN-GRÜTER, NJW 55, 1057; y HÄRTUNG, JZ 55, 663.

De lo dicho anteriormente sobre el error de prohibición se deduce que la preocupación de que su reconocimiento pueda inducir a excusas fáciles y dar lugar

a absoluciones injustificadas carece de fundamento; sólo el error de prohibición *disculpable* exime de la pena.

De acuerdo con estos principios se ha de distinguir un *error sobre el tipo*, que excluye el dolo y un *error de prohibición*, que excluye la culpabilidad.

Error sobre el tipo es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo legal; excluye el dolo. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposo, si éste está sancionado con pena (art. 59).

Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo). "El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido" (BGH 2, 197); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 51 y el art. 44, si es culpable.

La distinción del error sobre el tipo y el error de prohibición plantea dificultades que están condicionadas históricamente, puesto que fue confundida siempre con la falsa distinción del Digesto: error *facti* y error *iuris*. Error sobre el tipo es el desconocimiento de una circunstancia *objetiva* perteneciente al *tipo*, tanto si es de índole fáctica (descriptiva) como normativa. Error sobre el tipo no es sólo, por consiguiente, un error sobre "hechos", como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el "carácter ajeno" de la cosa, el "embargo" (en el art. 137), "documento", "funcionario", etcétera. A este respecto basta un conocimiento en el sentido de un juicio paralelo en la conciencia del autor (BGH 4, 352; WELZEL, JZ 54, 278; 55, 455).

La expresión "error de hecho" es completamente inadecuada (la de "error sobre el hecho" es también equívoca). La diferencia decisiva entre las dos clases de error no afecta al contraste: hecho-concepto juri-

dico, sino a la distinción: tipo-antijuridicidad. El que le quita a otro una cosa, creyendo erróneamente eme es suya, incurre en un error sobre el tipo (no sabe que toma una cosa *ajena*). El que cree, en cambio, tener un derecho de autoayuda para tomar una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente) incurre en un error sobre la antijuridicidad de su conducta. El que no sabe que la cosa de que dispone está pignorada incurre en un error sobre el tipo; el que lo sabe, pero cree erróneamente tener un derecho a disponer de ella, incurre en un error de prohibición.

Error de hecho y error de derecho, por un lado y error sobre el tipo y error de prohibición, por el otro, son, por consiguiente, dos parejas de conceptos completamente diferentes. Hay errores de derecho que son errores sobre el tipo: por ejemplo, el error sobre caracteres normativos del tipo, como el carácter ajeno de la cosa: y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (ver próximo punto a, JJ).

Tan equívoca como la expresión "error de hecho" es la de "error sobre el estado de cosas". No permite ver tampoco que el objeto del dolo (de acuerdo con el art. 59) son las circunstancias del tipo legal y no algo "fáctico" ("del estado de cosas") a diferencia de lo "jurídico". Ver WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 22; JZ 54, 278.

La expresión "error de prohibición", que fue introducida sobre todo por DOHNA en el derecho penal, puede dar lugar también, sin embargo, a confusiones, por ejemplo, a la de que se trate sólo de un error sobre la *prohibición*, es decir, sobre las "*reglas generales* de la conducta". Error de prohibición es, más bien, la denominación abreviada del *error sobre la antijuridicidad* del hecho real. Este error impide ver al autor que su acción típica infringe el ordenamiento jurídico.

a) *Problemas particulares.* — a) La antijuridicidad no se convierte por el hecho de que esté mencionada en la ley -la mayor parte de las veces de modo super-fluo- (por ejemplo, en los arts. 123, 124, 239, 240, 246, 303, etc.) en una circunstancia del tipo, sino que sigue siendo una valoración del tipo. Lo mismo sucede con otras denominaciones de la antijuridicidad, como "sin autorización" (art. 277), o "sin estar autorizado para ello" (art. 341).

El párrafo 2º del art. 240 y el párrafo 2º del art. 253 del Código Penal no contienen ningún carácter del tipo, sino reglas de la antijuridicidad. Un error sobre ellas es un error de prohibición.

bb) El deber jurídico en los delitos de omisión y en los delitos culposos es un elemento de la antijuridicidad. Por ello, el error sobre el *deber* de garante en los delitos impropios de omisión (conociendo la posición del garante), sobre el deber de denuncia o de prestar ayuda en los arts. 138 y 330c (*conociendo* el plan de comisión del delito o el accidente) y sobre el deber del cuidado adecuado al tráfico en los delitos culposos, es un error de prohibición; lo mismo que el error sobre el deber del cargo en los delitos de los funcionarios.

ce) No son tampoco elementos del tipo, sino elementos especiales de la antijuridicidad, los caracteres: "válidas" (art. 110), "jurídico" (art. 113), "competente" (arts. 137, 153 y ss. y otros), "sin facultades" (art. 132 y otros), "sin permiso de la autoridad o de la policía" (art. 284 y otros), "sin autorización" (art. 145a). El error sobre estos elementos de la antijuridicidad es un error de prohibición³¹.

³¹ El reconocimiento de los elementos especiales de la antijuridicidad no es posible si se concibe el tipo como tipo de lo injusto (ver nota 10). Entonces pertenecen al tipo *todos* los elementos integrantes de lo injusto específico de cada figura delictiva.

Ver WI:IZI;I., JZ 52, 19; 13:3; 53. 1 1 9: Z 67. 5; KAUFMANN, *Normentheorie*, ps. 101, 257, 286: OLG Colonia, JMB1. NRW 56, 164 (para el n° 8 del art. 367); de otra opinión BGH 3, 253: 4, 161. Ver también HIRSCH. *Die liebre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, p. 299.

dd) El error sobre el concepto y el ámbito de la adecuación social de la acción es también un error sobre la antijuridicidad. (Error de subsunción; ver también próximo punto c).

ee) En las leyes penales en blanco, es decir, aquellas que contienen sólo la amenaza de la pena y por lo que respecta al tipo se remiten a otras normas (por ejemplo, el n° 1 del art. 366) rigen las reglas generales: el error sobre una circunstancia del tipo (complementario) es un error sobre el tipo; error sobre la norma complementaria, como tal, es un error de prohibición.

Ver WAHDA, JR 50, 551; *Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955; WELZKL, MDR 52, 586: JZ 56, 238; 57, 130; de otra opinión, LANGE. JZ 56, 73 ss.; 519: 57. 233.

jj) La creencia errónea de que concurre una causa de justificación es un caso de error de prohibición. Tanto si el autor yerra sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación, como si cree que concurre una causa de justificación que *no* está reconocida por el derecho, en todos estos casos yerra sobre la antijuridicidad de su realización dolosa del tipo.

El que hiere a otro porque cree erróneamente que es agredido por él (legítima defensa putativa), o porque cree poder herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque cree poder castigar corporalmente al que atenta contra su honor (creencia de que concurre una causa de

justificación no reconocida por el derecho) comete en todos estos casos unas lesiones corporales dolosas en la creencia de estar autorizado para ello. No obra con desconocimiento del tipo, sino sólo en un error de prohibición. Esto lo reconoce la opinión dominante en relación con los dos últimos casos, pero lo niega en relación con el primero.

La opinión dominante considera que la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye el dolo¹².

Al decir ENGISCH (Z 70, 599) que la punición a título de dolo es "incorrecta", porque la creencia errónea de que se dan las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación produce el efecto de paralizar el "impulso", que debería derivarse del dolo, para reflexionar sobre la juridicidad del hecho, no tiene en cuenta que el dolo -que concurre en el caso concreto- debería dar ya el impulso para comprobar la creencia de

¹² En el Código Penal español hemos visto (notas 12 y 16) cómo en el número 1º del art. 9º. en relación con las causas de justificación del art. 8º, están comprendidos algunos casos de suposición errónea de las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. En estos casos subsiste el dolo. Lo mismo habrá de suceder lógicamente en los demás casos la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (creencia errónea de que concurre un elemento *esencial* de una de las causas de justificación del art. 8º). no comprendidos en aquel precepto. En ambos casos se trata. pues, de un error de prohibición que no excluye el dolo y está sujeto a la regulación general. Cuando el error fuera vencible se aplicará la atenuante del número 1º del art. 9º y cuando hiera invencible quedará excluida la reprochabilidad y la pena por aplicación analógica de lo dispuesto en el número 1º del art. 8º (ver nota 30). En estos casos, el Tribunal Supremo ha llegado a veces a la misma solución que proponemos (ver nota 11). aunque con una fundamentación diferente. Cuando el error era invencible, ha apreciado en alguna ocasión la eximente. En los demás casos ha apreciado la eximente incompleta, manteniendo la responsabilidad dolosa.

que concurre la situación fáctica de una causa de justificación.

Si se acepta la tesis de la teoría de la culpabilidad, de que el dolo incita a reflexionar sobre la juridicidad o la antijuridicidad del hecho, es preciso admitir que el que conoce la norma prohibitiva penal, pero cree poder realizar el tipo de la prohibición por concurrir las circunstancias de hecho que sirven de base a una causa de justificación, tiene que comprobar el fundamento objetivo de su creencia. Ver, sobre ello, HIRSCH, *lug. cit.*, ps. 314 y siguientes.

La jurisprudencia del Reichsgericht y del Tribunal Federal no es uniforme e incurre en contradicciones. En principio considera que la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye el dolo, pero hace una excepción para la causa de justificación más importante (después de la legítima defensa): el estado de necesidad supralegal. Si el autor cree erróneamente que concurren las circunstancias que sirven de base al estado de necesidad, como causa de justificación, queda sólo disculpado si incurrió en el error a pesar de haber llevado a cabo un examen, conforme a deber, de la situación; si no hizo el examen conforme a deber, sigue siendo responsable de la comisión dolosa del hecho -a pesar de creer que concurren los presupuestos objetivos del estado de necesidad- (RG 62, 139; BGH 3, 7).

La práctica aplica, por consiguiente, en el estado de necesidad putativo (supralegal) la teoría de la culpabilidad y en las restantes causas de justificación putativas, la teoría del dolo; el intento del BGH 3, 7, de eliminar esta grave contradicción ha fracasado.

En la concepción de la opinión dominante desempeñan un papel decisivo dos errores: por un lado, la falsa alternativa (ya rechazada) de error de derecho y error de hecho y por otro, la doctrina de los "caracteres negativos del tipo".

De la tesis errónea, de que las causas de justificación sean caracteres negativos del tipo y que su concurrencia excluya el *tipo*, se ha deducido la consecuencia, también equivocada, de que la legítima defensa putativa excluya el dolo (por ejemplo, el dolo de lesiones). Pero como las causas de justificación no excluyen la tipicidad, sino sólo la antijuridicidad, la creencia errónea de que concurre una causa de justificación no excluye el dolo sino sólo la conciencia de la antijuridicidad. De ahí se deduce que los tres casos de creencia errónea de que concurre una causa de justificación son casos de error de prohibición: el error invencible excluye la culpabilidad y el vencible la atenúa en la medida en que sea disculpable; la pena debe ser atenuada de acuerdo con los arts. 51/44.

En la sentencia debe expresarse que la punición (menor) obedece al error culpable: "El acusado es castigado (. . .) por aborto (detenciones ilegales, lesiones corporales dolosas, homicidio, etc.) cometido en la creencia errónea, culpable, de hallarse ante un estado de necesidad (de tener un derecho de autoayuda, de corrección, de defensa, etc.)". Si se hace así, desaparecen los reparos del sentimiento jurídico a castigar en estos casos a título de delito doloso.

Ver una breve exposición de la materia en WELXEL, Z 67, 196 (con más bibliografía y también con bibliografía más antigua); JZ 55, 142 y ss.; ver también BOCKELMANN, NJW 50, 830; HÄRTUNG, NJW 51, 209; 52, 761; JZ 55, 663; WELZKL, NJW 52, 564, JZ 52, 342, 596; MDR 52, 584; Neues Bild 54, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, 1953; HEITZER, NJW 53, 210; NIESE, DRiZ 53, 20; JZ 55, 323; Armin KAUFMANN, JZ 55, 37; MAURACH, A. T. 379 y ss.: FUIUÍDA, JZ 1958, 143: de otra opinión SCIAKESTEIN, MDR 51, 196; v. WEBER, JZ 51, 260; *Mezger-Festschr*, 183 y ss.: LANGE, JZ 53, 9; SCHRÖDER, Z 65, 178; MEZGER, LK, art. 59 11, 11; Arthur KAUEMANN, JZ 54, 653 y ss.; 56, 353, 393; ENGISCH, Z 70, 566. Últimamente, sobre to-

dos estos problemas, II. J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960.

La gran comisión de reforma del Código Penal parte, en principio, en su acuerdo mayoritario, de la consideración de que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación *no es* un error sobre el tipo que excluya el dolo, pero debe ser tratado en las consecuencias jurídicas "como" si lo fuera (así ya el párrafo 2° del art. 17 del Proyecto de 1927). Hace una excepción, sin embargo, para el error sobre el estado de necesidad como causa de justificación; éste debe ser tratado como un error de prohibición y la pena debe ser atenuada aún en mayor medida quedando excluida la pena de reclusión (Zuchthaus; párrafo 2° del art. 40 del Proyecto 1960).

Esta solución de compromiso quiere legalizar, por consiguiente, la situación jurídica existente hoy en la práctica. Esta solución no es satisfactoria, tanto desde el punto de vista teórico como práctico; ver, a este respecto, WELZEL, Z 67, 196 (213); JZ 55, 142. La exclusión de la pena de reclusión (de acuerdo con una propuesta de ENGISCH) representa, en cambio, un progreso.

gg) El error sobre la validez de una norma del derecho penal (*error de validez*, a diferencia del error sobre el contenido de la norma, de que hemos tratado hasta ahora) es una variedad del error de prohibición. El autor conoce la prohibición, pero cree que no es válida, porque según su opinión infringe una norma jurídica positiva de rango superior, por ejemplo, de la Constitución, o un principio metapositivo. Aquí rigen también las reglas del error de prohibición. Si el error es disculpable, el hecho queda impune; si no es disculpable, el hecho sigue siendo punible (BGH 4, 1).

El error de validez puede ser, sobre todo, disculpable si el autor confía en la corrección de la deci-

sión de un tribunal inferior, que había negado erróneamente validez a la norma.

Si alguien cree, sin embargo, en virtud de su escasa capacidad de juicio, que puede infringir una prohibición por considerar erróneamente que carece de validez, su culpabilidad no consiste en que se ha equivocado en el resultado de su examen, sino en haberlo llevado a cabo. Aquí rige el principio general de la ética de la responsabilidad, de que no está libre de culpabilidad el que asume una tarea para la que no está capacitado, como puede darse cuenta él mismo. El autor tiene que contar, además, en estos casos en que infringe conscientemente una norma jurídica por considerar que no es válida, con que su conducta esté prohibida, en contra de lo que él cree. Dado que cuenta con la posibilidad de que su conducta sea antijurídica y quiere realizar en todo caso el hecho, actúa con conciencia de la antijuridicidad y no sólo con un error de prohibición disculpable. Sobre estos problemas, en parte difíciles, ver WELZEL, JZ 53, 266.

b) *Razón y medida de la reprochabilidad del error de prohibición en particular.* — El objeto de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición es la antijuridicidad de la conducta (planeada). El autor tiene que poder ser consciente de la contradicción de su conducta con el orden de la comunidad, en la cual se basa la prohibición jurídico-penal y que es puesta de manifiesto por ésta. No es necesario, sin embargo, que el autor conociese o pudiese conocer el precepto jurídico (por consiguiente, la ley penal), o incluso la amenaza de la pena. No basta tampoco, sin embargo, con que el autor pudiese ser consciente de la mera inmoralidad de su conducta. El extranjero en cuya patria la simple homosexualidad no es antijurídica sabe, sin duda, que su conducta es inmoral, pero con ello no

sabe aún que es considerada en Alemania como una infracción insoportable del orden de la comunidad. Incurre, por ello, en error de prohibición. (Ver BGH 10, 41; 12, 266).

En la mayor parte de las normas del Código Penal. sin embargo, la conducta escrita es declarada antijurídica por suponer una infracción insoportable del orden ético-social vigente. Aquí coincide la infracción del orden de la comunidad con la infracción del orden ético-social vigente, de modo que la posibilidad de conocimiento de la última coincide con la de la primera.

La resolución de voluntad antijurídica es reprochable sólo al autor en la medida en que éste podía conocer su antijuridicidad. En caso de que el hecho sea antijurídico desde distintos puntos de vista, la cognoscibilidad debe referirse a cada uno de ellos. El extranjero (por ejemplo, el suizo) que tiene comercio carnal en Alemania con su nuera, puede conocer, sin duda, lo injusto de su conducta como adulterio, pero no es seguro que pueda conocer lo injusto de ella como incesto, puesto que en Suiza se castiga sólo como incesto el comercio carnal entre parientes consanguíneos.

Ver BGH 10, 35: WAHDA, NJW 53, 1052; ZIMMERMANN-, NJW 54, 908: de otra opinión, BGH 3, 342, NJW 53, 471.

Cuando la ley penal declara punible una conducta que es ya *merecedora* de pena según el orden ético-social vigente, la reprochabilidad del desconocimiento de lo injusto se basa en *una falta de "esfuerzo de la conciencia"*. Al autor le puede ser reprochado el error sobre la antijuridicidad de su conducta en la medida en que podía *cerciorarse* de ella *mediante la propia reflexión* sobre los valores ético-sociales fundamentales de la vida comunitaria que le rodea.

Cuando en virtud de su condición de extranjero tiene escaso contacto con las concepciones ético-sociales *especiales* de Alemania, su error de prohibición puede ser disculpable (así, por ejemplo, en el caso antes citado de homosexualidad simple). Su error de prohibición puede ser reprochable, sin embargo, si tenía motivo para informarse de las disposiciones vigentes en Alemania, como es el caso, ante todo, de los conductores extranjeros respecto de las reglas de tráfico alemanas. En esta materia rigen los principios que a continuación se formulan.

En el Código Penal hay numerosas disposiciones que no declaran *punible* una conducta que sea ya *merecedora de pena* según el orden ético-social vigente, sino en las cuales la actividad administrativa, ordenadora y aseguradora del Estado crea un objeto de protección propio y lo tutela mediante la pena. El que sea o no lícito quitar un sello puesto por la autoridad (art. 136) o disponer de una cosa embargada (art. 137) no es un problema de infracción del orden ético-social vigente (y por tanto de la propia decisión de la conciencia), sino esencialmente, un problema de valoración jurídica.

La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad plantea aquí problemas semejantes a los que surgen en el error de validez. El que carece de los conocimientos jurídicos necesarios para enjuiciar la validez de la colocación del sello o del embargo tiene que cerciorarse de la situación jurídica, acudiendo a persona entendida, antes de infringir la medida de la autoridad. Su creencia errónea de poder infringir la medida de la autoridad le es reprochable, no a causa de una falta de esfuerzo de la conciencia o una falta de reflexión, sino por *no haberse informado debidamente*. El que posea los conocimientos jurídicos necesarios', en cambio, "tiene que hacer uso de toda su capacidad de conocimientos v de todas su representaciones valora-

Uvas éticas cuando trate de formular un juicio sobre la juridicidad o antijuridicidad de una conducta determinada" (BGH 4, 5); de él "hay que presumir que puede conocer, por lo menos regularmente, el alcance de los mandatos o prohibiciones legales en virtud de su formación y de su ejercicio profesional" (BGH 4, 86).

En las disposiciones penales que tienen un carácter predominante, o exclusivo, de ordenación -como en el derecho penal administrativo- la reprochabilidad del error de prohibición puede basarse únicamente en que el autor *no se haya informado, o no se haya informado suficientemente, cuando las circunstancias del caso concreto le daban motivo para ello*. Así, por ejemplo, el que quiere dedicarse al comercio del vino tiene que informarse sobre las disposiciones jurídicas pertinentes, especialmente sobre la Ley del vino de 25/7/1930; BayObLG 4, 16; BGH 9, 172; 5 StR 219/56.

c) *El error de subsunción en particular*. — El error de subsunción es el error sobre la ley penal, concurriendo el dolo, es decir, con pleno conocimiento del contenido objetivo de todas las circunstancias del tipo de la ley penal. Se da, por ejemplo, si el autor que hace que un caballo sea excitable (RG 37, 411), o que vierte goma en un reloj (RG 20, 183), cree que no comete el delito del art. 303 (daños dolosos) porque el concepto de "cosa" del art. 303 no comprende a los seres vivos, o el concepto de "daño" exige un menoscabo de la sustancia. Como conoce, sin embargo, correctamente, el contenido *material* de las circunstancias del tipo -sabe que un caballo es un objeto corporal y que con la goma el reloj queda inservible- tiene el dolo suficiente para el art. 303 (del mismo modo que el carpintero, que recibe el encargo de hacer una escalera, conoce el objeto que tiene que fabricar, aunque no pueda formular correctamente el *concepto* de escalera). Para el dolo basta siempre el conocimiento del

contenido material de las circunstancias del tipo. El error sobre el ámbito de los *conceptos* legales (de las *definiciones* legales) no afecta al dolo. Es un "error de subsunción".

El error de subsunción (o el error sobre la ley penal) puede tener en el derecho penal una doble significación:

a) Cuando afecta sólo a la *punibilidad* de una conducta, cuya *antijuridicidad* conocía o podía conocer el autor, es completamente *irrelevante*. Éste es el caso en los dos ejemplos de daños antes citados, pues el autor no podía dudar, al menos, de la ilicitud civil de su conducta.

β) Cuando el error se refiere no sólo a la punibilidad, sino también a la *prohibición* de la conducta, e impide conocer al autor su antijuridicidad, es un *error de prohibición*. Esto es posible, sobre todo, en las normas prohibitivas que contienen caracteres normativos del tipo complicados.

Así, el abogado, según el art. 356, no puede servir a las dos partes contrarias en el "mismo asunto". Para la "identidad" del asunto hay que tener en cuenta la totalidad de la relación jurídica material y no sólo la pretensión concreta. Si el abogado conoce la unidad de la relación jurídica material tiene el dolo suficiente para el art. 356.

Ahora bien, si cree que el concepto del "mismo asunto" se refiere únicamente en el art. 356 a la pretensión concreta, incurre en un error no sólo sobre la punibilidad de su conducta, cuya antijuridicidad podía conocer ya por otro lado (por ejemplo, por el art. 45 I, 2 del Reglamento federal de la abogacía), sino también sobre su prohibición; es decir, incurre en un error no sólo sobre la ley penal (art. 356), sino incluso sobre la *norma prohibitiva* que sirve de base a la ley penal (art. 45 I, 2 del Reglamento federal de la abogacía). Ver BHG 5. 284; 7, 17; WELZEL. JZ 54, 276; 55, 455.

Se encuentra, asimismo, en un error de prohibición - disculpable- el empresario de un negocio de los llamados de la bola de nieve que actúa con conocimiento del carácter aleatorio de su negocio (por consiguiente, con el dolo del art. 286), pero había sido informado por el Ministro del Interior competente de que no necesitaba para ello autorización, por no tratarse de un juego en el sentido del art. 286. El empresario incurre aquí también en un error no sólo sobre la punibilidad, sino incluso sobre la prohibición de su conducta (acerca del error sobre el "negocio a crédito" y sobre el "vino" en el sentido de la Ley del vino, ver BGH 4, 352; 13, 135).

La línea divisoria entre el error sobre el tipo y el error de subsunción no discurre entre el desconocimiento de un "hecho" y las "conclusiones" erróneas "de ellos", que es donde la había trazado equivocadamente el Reichsgericht, sino entre el error sobre una *circunstancia del tipo* y el error sobre un *concepto jurídico*. El Reichsgericht había reducido excesivamente el ámbito del dolo (sobre todo en los caracteres normativos del tipo) y había ampliado demasiado el ámbito del error de subsunción, declarando además que el error de subsunción era en general irrelevante. Para el dolo de los caracteres normativos del tipo no basta el conocimiento de su base fáctica, sino que es preciso un conocimiento del contenido material de estos caracteres que sea paralelo al enjuiciamiento legal. Si el autor no es consciente del significado *material* de la circunstancia del tipo en la vida social no actúa dolosamente. El error de subsunción empieza a partir de este conocimiento (ver WELZEL, JZ 54, 276 y ss.); 55. 455; BGH 4, 325; 7, 17).

d) *Restricción de la punibilidad al conocimiento de la prohibición.* — El legislador puede disponer, naturalmente, que un hecho (doloso) debe ser sólo casti-

gado cuando medie el *conocimiento* de la prohibición; con ello excluye todo error de prohibición (incluso el culpable) del ámbito de la punibilidad. Este es el caso, por ejemplo, en los arts. 327 y 328, puesto que en ellos se sanciona sólo la infracción "a sabiendas" de las medidas del aislamiento o las prohibiciones de importación.

Toda la polémica en torno a si en el derecho penal administrativo el hecho de la prohibición pertenece al tipo y a si el dolo debe comprender, por tanto, la prohibición de la conducta, gira en realidad en torno al problema de si el legislador ha querido reducir la punibilidad en determinadas disposiciones a la conducta con conocimiento de la prohibición; ya que la primera solución -inclusión de la prohibición en el tipo- fracasa por el simple hecho de que *la prohibición de realizar un tipo no puede ser una parte integrante de este mismo tipo*.

Si el legislador coloca, por ejemplo, bajo pena la infracción consciente de la norma "prohibido el paso", el que pasa realiza el tipo (lo cual difícilmente podrá hacer en forma no dolosa) y actúa antijurídicamente si no concurre una causa de justificación -en ambos casos con indiferencia de que conozca o no la prohibición-. El conocimiento de la prohibición afecta exclusivamente a la reprochabilidad de su conducta típi-ca-dolosa y antijurídica; sólo se castiga si concurre este conocimiento y no en el supuesto de desconocimiento culpable de la prohibición. Ver BELING, en ENGISCH, JT- *Festschrift* 1, 407.

Una vez que ha sido reconocida hoy en la práctica la verdadera relación existente entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad -según la cual, "la conciencia de la antijuridicidad es un elemento independiente de la culpabilidad, separado del dolo" (BGH 2, 208)- el legislador tiene que deducir también de ello las consecuencias necesarias a la hora de formular

sus disposiciones penales: no debe utilizar la palabra "dolosamente" cuando se trate sólo de limitar la punibilidad al *conocimiento de la prohibición* (en lugar de ello, por ejemplo: "conscientemente en contra de la prohibición").

B) EL ELEMENTO VOLITIVO DE LA REPROCHABILIDAD: LA EXIGIBILIDAD DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO

El conocimiento de lo injusto no puede fundamentar todavía completamente la reprochabilidad de la resolución de la voluntad; sólo puede hacerlo cuando el autor, en la situación concreta, podía *adoptar* su decisión de acuerdo con él. No se trata aquí de la capacidad *general* de decisión conforme a sentido, por consiguiente de la inmutabilidad, que existe con independencia de la situación dada, sino de la posibilidad *concreta* del autor, capaz de culpabilidad, de poder adoptar su decisión de acuerdo con el conocimiento de lo injusto.

Esta posibilidad concreta de autodeterminación conforme a sentido en favor de la conducta jurídica es el elemento más importante de la reprochabilidad, al cual están subordinados los elementos intelectuales. Puesto que el contenido de la reprochabilidad consiste precisamente en que el autor debía y podía adoptar una resolución de voluntad conforme con el derecho en lugar de su resolución de voluntad *antijurídica*.

En general, el derecho exige al autor imputable, que puede conocer la antijuridicidad de su decisión, que *adopte* su resolución de voluntad de acuerdo con este posible conocimiento. Hay situaciones, sin embargo, en que no se exige una conducta conforme con el derecho, ni siquiera al autor imputable que actúa con plena conciencia de la antijuridicidad. El derecho tiene que limitar, sin duda, mucho estas situaciones, en

interés de la vigencia de sus normas (ver, a este respecto, HENKEL, *Mezger-Festschr.*, ps. 249 y ss.).

Sobre la doctrina de MAURACH de la "*responsabilidad por el hecho*", según la cual la exigibilidad pasa a ser un elemento independiente del delito entre la antijuridicidad y la culpabilidad, ver Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, ps. 159 y siguientes.

§ I. LA EXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS CULPOSOS

Donde va más lejos el derecho, en la disculpa, es en las acciones no-dolosas antijurídicas.

1. Tiene en cuenta aquí estados de cansancio y excitación no culpables, que dificultan o impiden, incluso al autor inteligente, la observancia del cuidado objetivo y no le reprocha la falta de observancia de dicho cuidado si actúa imprudentemente por consternación, miedo, horror, sopor, cansancio excesivo, etcétera.

Así, por ejemplo, si un conductor en una situación de peligro, que surge de repente, sin culpa suya y que exige una reacción inmediata, por horror o confusión no hace uso del medio adecuado para alejar el peligro.

BGH, VRS 5, 368; 6, 451; 10 213; ver también RG 58, 30. Sobre la culpabilidad al quedarse dormido en el volante, ver OLG Hamm, NJW 53, 1077.

2. El derecho no le reprocha tampoco al autor la falta de observancia del cuidado debido, conocida o cognoscible por él, si el peligro del bien jurídico era tan remoto, que no se le podía exigir la omisión de la conducta imprudente en consideración de los grandes perjuicios que esta omisión le hubiera ocasionado (RG 30, 65; el caso del cochero: un criado sale, por orden del labrador, con un caballo que tiende a desbocarse,

porque en caso de que se hubiera negado a ello habría sido despedido; igualmente, RG 74, 195).

Para saber si era exigible al autor la observancia del cuidado objetivamente debido se ha de poner en relación la lejanía del peligro con la importancia del daño que se derivaría de la omisión de la conducta imprudente: cuanto más próximo y mayor sea el peligro y más insignificante sea el daño, menos puede ser disculpada la falta de observancia del cuidado debido, cognoscible. Nunca es decisiva, a este respecto, la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino su valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico.

§ II. LA EXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DOLOSOS

En los delitos dolosos el derecho exige en mayor medida al autor imputable que se decida a favor de una conducta jurídica en virtud de su posible conocimiento de lo injusto.

1. Tiene en consideración los estados pasionales - cuando no excluyan o disminuyan la inmutabilidad general- atenuando sólo la culpabilidad, en el mejor de los casos, con la única excepción de las pasiones "asténicas" (consternación, miedo, horror) en el exceso de la legítima defensa, que excluyen completamente la culpabilidad (párrafo 3º del art. 53).

2. No reconoce como causa *general* de exclusión de la culpabilidad, en los delitos *dolosos*, la no exigibilidad de la conducta jurídica por defensa de intereses justos (RG 66. 397), sino que limita la disculpa a los casos de peligro de la integridad corporal y la vida (ver, a continuación, 1). Sólo en algunos delitos se conforma con un peligro menor, como en el encubrimiento (RG 60, 101), el estado de necesidad en el falso testimonio (art. 157) y el lenocinio en favor de los pro-

metidos formalmente, cuando se dan ciertas circunstancias (ver BGH 6, 57). Los delitos de omisión constituyen, sin embargo, una excepción *general*, pues en ellos incluso la omisión dolosa puede ser disculpada por la no exigibilidad del menoscabo de intereses justos. (Aquí se advierte otro paralelismo entre los delitos de omisión y los delitos culposos.)

1. *El estado de necesidad penal* {arts. 54/52}

El caso más importante de la no exigibilidad de la conducta jurídica (a pesar de imputabilidad y el conocimiento de lo injusto) es el estado de necesidad penal de los arts. 54/52. Concorre cuando estando en peligro el cuerpo y la vida del autor o de un pariente suyo, sin culpa alguna por su parte, pueden ser sólo salvados por aquél mediante la lesión de intereses ajenos tutelados por el derecho penal, sin que su acción pudiese estar *justificada* por el principio jurídico general del medio adecuado para el fin reconocido por el derecho. Se trata de la lesión de bienes jurídicos que no pueden ser utilizados nunca como *medios*, ni siquiera para la salvación del cuerpo y la vida, especialmente de atentados graves contra terceras personas (lesiones de la integridad corporal o la vida de terceros inocentes). Nuestro prójimo no puede ser tratado nunca como una simple cosa, sino que tiene que ser tratado *también* como un fin en sí mismo (KANT).

El derecho no puede justificar, por ello, los atentados graves a la integridad corporal o la vida de terceros como medio para la salvación de la vida, sino que puede solamente disculparlos; porque al autor, que se encuentra en la situación de necesidad, no puede serle exigida una conducta jurídica en atención a la debilidad humana. El estado de necesidad, como causa

ije exclusión de la culpabilidad, de los arts. 54/52, se basa en esta idea de la benevolencia trente a la debilidad humana, siendo el art. 54 la disposición más general. Sobre los detalles de la regulación, ver mi Ma nual, ps. 160 y siguientes.

2. El estado de necesidad supralegal como causa de exclusión de la culpabilidad

a) El estado de necesidad penal de los arts. 52/54 se basa en la idea de que en una situación de peligro para la integridad corporal y la vida, la obediencia inquebrantable al derecho supondría para el autor un sacrificio tan grande que no puede exigírsele, en general, una conducta jurídica, en atención a su instinto de conservación. Por esta razón, los arts. 52/54 limitan la exclusión de la culpabilidad a situaciones en que el autor mismo o sus parientes próximos se encuentran en un peligro para su integridad corporal o su vida.

Hay situaciones, sin embargo, en que el autor o sus parientes próximos no se encuentran en un peligro para su integridad corporal o su vida, sino en las cuales el autor, en virtud de un peligro para la integridad o la vida de otras personas, se ve colocado en un conflicto de deberes (conflicto de conciencia), al cual no puede sustraerse sin asumir una determinada medida de culpabilidad moral. En un conflicto de este tipo se encontraron numerosos médicos por la orden de "eutanasia" de Hitler de dar muerte a los enfermos mentales. Sólo podían salvar a los enfermos que les estaban confiados, afectados por la orden secreta, entregando un cierto número de ellos a la acción homicida y salvando de este modo a una parte considerable; si se hubiesen negado a colaborar, hubieran sido sustituidos por médicos complacientes, que habrían

dado muerte a todos los enfermos afectados por la orden. Ver OGH 1, 321; 2, 17; ver otro caso en WELZEL, Z 63, 51.

El autor no puede sustraerse aquí a la decisión. Si deja que las cosas sigan su curso, se convierte en causa de la muerte de todos o de la mayor parte de los enfermos e incurre en una culpabilidad moral mayor que si hubiera prestado su colaboración, pues de este modo hubiera podido salvar al menos a una parte de los enfermos. La última decisión es, por ello, la éticamente correcta. Pero ésta le hace incurrir también en injusto y en la culpabilidad moral, porque utiliza a hombres inocentes como medio para salvar a otros.

El ordenamiento jurídico no puede hacerle, sin embargo, ningún reproche de culpabilidad ante la comunidad jurídica, por el hecho de que se hiciera responsable de un injusto menor para evitar un injusto mayor. Falta la culpabilidad *jurídica*, como reprochabilidad *social* del hecho, puesto que cualquier otro miembro de la comunidad, en lugar del autor, hubiera tenido que actuar, correctamente, del mismo modo.

La culpabilidad jurídica es un sector del ámbito más amplio de la culpabilidad moral. La reprochabilidad de la resolución de la voluntad tiene que alcanzar una cierta medida, socialmente relevante, antes de que se convierta en culpabilidad jurídica, en culpabilidad ante la comunidad jurídica. Tiene que haber sido infringida, por lo menos, aquella medida del respeto de los deberes sociales, que pueda y deba observar, en principio, cualquier otro miembro de la comunidad jurídica en lugar del autor. Cuando el mismo juez no podía actuar, correctamente, de otro modo, que como lo ha hecho el autor, falta la culpabilidad jurídica como reprochabilidad social del hecho.

La causa supralegal de exclusión de la culpabilidad presupone que:

- I) la acción del autor era el único medio de impedir un mal mayor;
- II) el autor ha elegido realmente el mal menor, y
- III) subjetivamente perseguía el fin de salvar.

b) No se da una situación tal de conflicto, cuando el autor no puede evitar un mal mayor, sino que su intervención desviaría únicamente el peligro, poco más o menos igual, de una persona a otra, o de un grupo de personas a otro; por ejemplo, si X, en un naufragio, podía quitarle a A el último salvavidas y lanzárselo a B. El autor no se encuentra aquí en un conflicto moral de decisión, insalvable, sino que pretende jugar al "destino" de un modo inadmisibles. Su acción sigue siendo, por ello, antijurídica y culpable.

Lo mismo sucede con la *participación* en un hecho realizado en estado de necesidad; si X quería ayudar a B a quitarle el salvavidas a A. Aunque B pueda estar disculpado por el art. 54, X no está amparado ni por una causa de justificación, ni por una causa de exclusión de la culpabilidad. La solución sería diferente, en caso de que sin la intervención de X los dos estuvieran perdidos y mediante su ayuda pudiera salvarse al menos uno de ellos; así, por ejemplo, si X le da un cuchillo a A, que se ha caído al escalar, para que pueda cortar la cuerda, de la que está colgado más abajo B, que se ha caído al mismo tiempo. En caso de que sin cortar la cuerda los dos escaladores estuviesen perdidos, X quedaría *disculpado* por un estado de necesidad *supralegal*, mientras que A está ya amparado por el art. 54.

Ver, En. SCHMIDT, SJZ 49, 570; HAUTL-NG. NJW 50, 155: WICLZKL, MDR 49, 371; Z 63, 47; Tribunal de jurado de Colonia. NJW 52, 358; GALLAS, *Mezger-Festschrift*, ps. 311 y ss.: de otra opinión PICTKRS, JR 49, 496 y OGH, lug. eil.; BGH, NJW 53. 513.

3. *El estado de necesidad putativo*

Si el autor cree erróneamente que concurren los presupuestos del estado de necesidad, que excluye la culpabilidad (del n° 3 o 4), se encuentra en la misma situación anímica de conflicto que si su creencia fuera cierta. Dado que la situación *anímica* del autor es la razón por la que el estado de necesidad excluye la exigibilidad de la resolución de voluntad conforme con el derecho, la reprochabilidad queda excluida tanto en un caso como en otro -a no ser que el error del autor sea reprochable-; en este caso se atenúa, sin embargo, la reprochabilidad, en la medida en que la suposición errónea del estado de necesidad era disculpable y la pena debe ser atenuada de acuerdo con el párrafo 2° del art. 51 y el art. 44.

LISZT-SCII. 289; GRÜNIUT, Z 52, 130; WKLZEL, Z 67, 222; MAURACH, A. T. 382; BGH 5 Str. 532/55; de otra opinión MICZGKR, 321; BGH 5, 374: punición a título de culpa.

El que comete un falso testimonio en la creencia errónea de que se encuentra en un estado de necesidad debe ser castigado como reo de falso testimonio culposo (BGH 5, 374). La transformación de un delito doloso en uno culposo es aquí especialmente absurda: si concurre realmente el estado de necesidad, el autor comete un falso testimonio doloso, pero disculpado (ver RG 64, 31). En cambio, si cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos del estado de necesidad, ¿debe realizar lo injusto menor del falso testimonio culposo? Aquí se trata de una traslación externa de la doctrina, en sí ya errónea, de los caracteres negativos del tipo.

La *Gran comisión de reforma* del Código Penal se ha adherido a la opinión aquí sustentada; párrafo 2° del art. 41 del Proyecto 1960.

C) LA REPROCHABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PENA

Si concurren los elementos intelectuales y volitivos de la culpabilidad, el hecho antijurídico es reprochable y en principio punible -salvo que se exija la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad o la ausencia de una causa personal de exclusión de la pena. Cuando la reprochabilidad sea menor (por ejemplo, en caso de imputabilidad disminuida o de error de prohibición culpable) será tenido debidamente en cuenta en la medida de la pena mediante la aplicación de la cláusula de atenuación del art. 44, posible gracias a la aplicación inmediata o analógica del párrafo 2º del art. 51.

Todo grado de culpabilidad da lugar, en principio, a la punibilidad. Sólo en muy pocas disposiciones depende la punibilidad de un grado *elevado* de la culpabilidad, quedando impunes los grados inferiores. Este es el caso en los *delitos culposos* si se exige la "temeridad" (= culpa grave), por ejemplo, en el párrafo 5º del art. 164; en los delitos *dolosos*, si se exige una conducta "sin escrúpulos", como en los arts. 170 c y d y en el párrafo 3º del art. 24 de la Ley de protección a la juventud, de 30 de abril de 1938. La "falta de escrúpulos" es un grado elevado de la reprochabilidad; revela la especial irresponsabilidad del autor, tanto si obedece a una disposición de ánimo hostil al derecho como a una indiferencia groseramente egoísta (RG 77, 216). Dado que la falta de escrúpulos puede obedecer a una indiferencia por egoísmo grosero, es posible también en el error de prohibición.